

GUSTAVO OSNA

**DO “CETICISMO MODERADO” AO “PANPROCESSUALISMO”:
ATANDO AS PONTAS POR UM PROCESSO REAL**

CURITIBA

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**DO “CETICISMO MODERADO” AO “PANPROCESSUALISMO”:
ATANDO AS PONTAS POR UM PROCESSO REAL**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

GUSTAVO OSNA
CURITIBA
2016

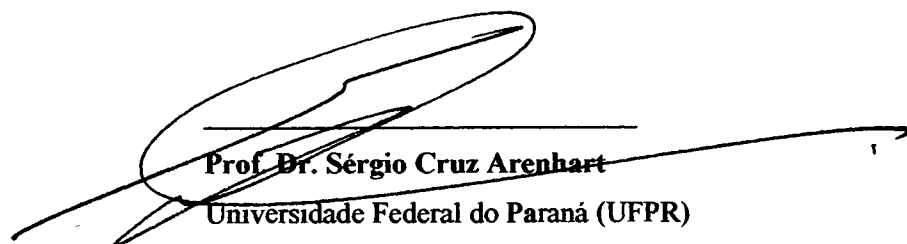
TERMO DE APROVAÇÃO

GUSTAVO OSNA

DO “CETICISMO MODERADO” AO “PANPROCESSUALISMO”: ATANDO AS PONTAS POR UM PROCESSO REAL

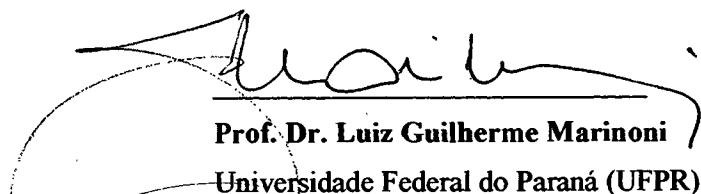
Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, atribuindo-se as notas 10 ; 10 ; 10 ; 10 ; 10 e 10, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

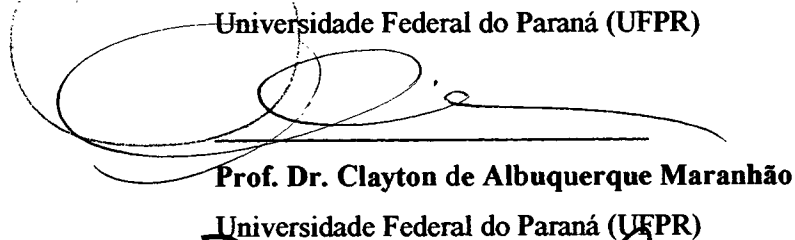


Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

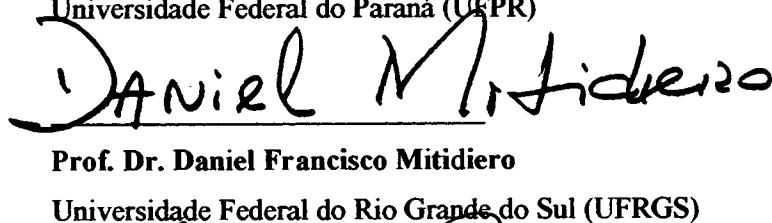
Membros:



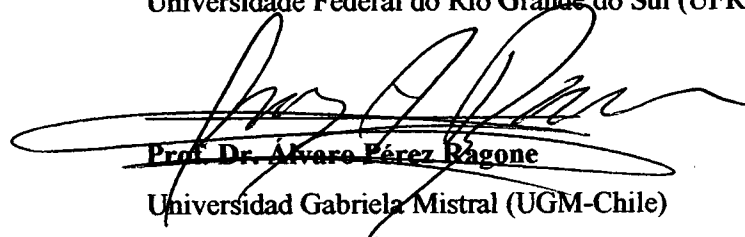
Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni
Universidade Federal do Paraná (UFPR)



Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão
Universidade Federal do Paraná (UFPR)



Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)



Prof. Dr. Álvaro Pérez Rágone
Universidad Gabriela Mistral (UGM-Chile)

Curitiba, 02 de setembro de 2016.

Aos meus pais, Jaime e Vânia.

À Mayara, hoje esposa, mas eterna namorada.

Ao amigo e orientador Sérgio Cruz Arenhart.

AGRADECIMENTOS

Ao elaborar os atuais agradecimentos, li inicialmente aqueles realizados alguns anos atrás em minha dissertação de mestrado. Com isso, percebi o evidente: em essência, nada mudou. Se as palavras abaixo coincidem em boa medida com aquelas, não é por acaso; é porque a mesma gratidão permanece e só aumenta.

É assim que, se alguns agradecimentos são imprescindíveis, os três trazidos na página anterior seguem sendo elementares. Agradeço uma vez mais aos meus pais, Jaime e Vânia, pelo apoio incondicional e pelo tanto que já se sacrificaram para que eu jamais tivesse que me sacrificar. À Mayara, agradeço por seguir sendo uma fonte inesgotável de sorrisos, inspirando meus dias. Ao amigo e mestre Sérgio Cruz Arenhart, agradeço novamente pelo apoio, pela confiança e pelo exemplo. Por mais que insuficientes, esses agradecimentos serão sempre devidos e necessários.

Devo agradecer ainda aos meus familiares e aos familiares da Mayara (hoje também meus) pela força revigorante e pela compreensão. Pelo mesmo motivo, agradeço aos meus amigos, com a certeza de que são os melhores que alguém pode ter. Por mais que nomeá-los seja inviável, devo mencionar ao menos os dois de quem tenho o privilégio de ser sócio: a Eduardo da Silva Mattos e a Hugo Cremonez Sirena, registro minha especial gratidão por me permitirem dispor de tempo e de tranquilidade sempre que necessitei.

Tendo em conta que o atual trabalho foi inteiramente desenvolvido junto à Universidade Federal do Paraná, agradeço uma vez mais aos contribuintes brasileiros. Como “não existe almoço grátis”, deve-se sempre lembrar que são eles os responsáveis por custear essa estrutura - e a maioria sem jamais se beneficiar dela. Diante disso, lutar por um processo melhor se torna um compromisso de honestidade.

Agradeço, igualmente, aos docentes e aos discentes do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, por propiciarem diálogos e ensinamentos de importância indelével para a construção desta pesquisa. Nesse particular, registro especial gratidão ao querido Professor Alcides Munhoz da Cunha, cuja ausência é sempre presente.

Agradeço com sinceridade e admiração aos Professores Álvaro Pérez Ragone, Clayton de Albuquerque Maranhão, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni por aceitarem gentilmente compor a banca de avaliação da atual tese. Mais que isso, deixo minha gratidão pela disponibilidade e pela contribuição trazida por todos para o processo civil, cuja obviada é patente.

Por fim, agradeço novamente a D'us. Por mais essa oportunidade.

“Due process requires that procedures be fair, but fairness is a pragmatic ideal; it affords protection to the individual, but not in a way that would require the sacrifice of other important rights”

(Owen M. Fiss)

RESUMO

A presente tese possui como objetivo central aproximar o “processo civil dos livros” do “processo civil da realidade”, problematizando suas certezas teóricas. Com esse propósito, o seu percurso vai da desconstrução a uma proposta de reconstrução: para permitir o primeiro passo, apresenta-se uma abordagem aqui descrita como “ceticismo moderado”; para alcançar o segundo, traz-se como guia interpretativa a análise “panprocessual”. Procurando desempenhar essa tarefa, o estudo tem sua estrutura dividida em quatro momentos: (i) no primeiro, observamos o “estado de arte” do processo civil brasileiro, identificando suas reformas e seus discursos mais marcantes. Concluímos, aqui, que ele se encontra em um contínuo movimento entre seus meios e seus resultados; (ii) no segundo, apresentamos o “ceticismo moderado”, descrevendo seus principais elementos e os articulando com a natureza cultural (e flexível) da resolução de disputas. Com isso, percebemos que não há um “processo (absolutamente) correto” e que a disciplina é contextualmente forjada; (iii) no terceiro, utilizamos essa abordagem “cética” para apresentar alguns traços essenciais do processo civil, enfatizando sua lógica representativa, pública e autoritária. Diante disso, sublinhamos também alguns dos seus limites essenciais; (iv) por fim, no quarto, partimos das premissas anteriores para apresentar a mentalidade “panprocessual”, expondo seus impactos sobre temas como o “acesso à justiça” e os “direitos processuais”. Procura-se, assim, estabelecer uma nova contribuição ao estudo do processo - trazendo novas perspectivas para sua análise.

.

Palavras Chave: Processo Civil; Ceticismo Moderado; Panprocessualismo.

ABSTRACT

The main objective of this dissertation is to bring the ‘academic civil procedure’ close to the ‘real civil procedure’, questioning its theoretical certainties. In this sense, its path starts with a deconstructive criticism and arrives at a reconstructive proposal: to allow the first step, I introduce an approach here described as ‘soft skepticism’; to reach the second, I present the ‘pan-procedural’ analysis as an interpretative guide. In order to achieve this goal, the dissertation is composed of four parts: (i) in the first, I describe the Brazilian civil procedure’s ‘state of art’, identifying its reforms and its most remarkable investigations. I conclude, here, that the discipline is in a continuous movement between its means and its results; (ii) in the second, I present the ‘soft skepticism’, describing its main elements and associating them with the cultural (and flexible) nature of dispute resolution. By doing this, I defend that there is no such thing as an ‘(absolutely) correct procedure’, and that the discipline is contextually determined; (iii) in the third, I use this ‘skeptical’ approach to present some essential faces of civil procedure, highlighting that its mentality is representative, public and authoritarian. After that, I also stress some of its essential limits; (iv) finally, in the fourth, I use this theoretical framework to introduce the ‘pan-procedural’ approach, observing its impacts on issues like the ‘access to justice’ and the ‘procedural rights’. By doing this, I intend to bring a new contribution to the study of civil procedure - providing new perspectives to it.

Keywords: Civil Procedure; Soft Skepticism; Pan-procedural Approach.

SUMÁRIO

Introdução	1
 I PARTE - DESCONSTRUINDO O PROBLEMA: O PROCESSO CIVIL E O SEU ESTADO DE ARTE.....	3
1. O processo civil contemporâneo: breves enquadramentos.....	4
1.1. O processo civil clássico e sua índole liberal.....	4
1.2. A readequação estrutura-função e os valores do processo.....	12
1.3. Os novos desafios e a reforma da codificação processual	20
2. Os pilares teóricos e a “teoria geral do processo”	27
2.1. As instituições fundamentais: jurisdição, ação e processo	27
2.2. Os discursos funcionais pós-sincretismo: entre os meios e os resultados	35
2.3. O desafio central: do processo dos livros ao processo da realidade	41
2.4. O objeto do processo e o seu estudo: “teoria geral”?	45
 II PARTE - ENQUADRANDO A QUESTÃO: O CETICISMO MODERADO E O PROCESSO CIVIL	52
3. “Ceticismo moderado” e processo civil: aproximações iniciais.....	53
3.1. O que o ceticismo moderado é (e o que ele não é)	53
3.2. O cético moderado, o dogmático e o zetético	56
3.3. O processo civil como expressão cultural.....	61
3.4. O processo civil e o problema da legitimação	66
4. Atando as pontas: o ceticismo moderado e o processo civil	72
4.1. A maleabilidade e o quadro sociocultural: há um processo correto?.....	72
4.2. Mais processo ou menos processo?	79
4.3. Da crítica à técnica: prazos e preclusões	82
4.4. O “duplo grau” e o dogma dos recursos	88
 III PARTE – ADEQUANDO O FOCO: O PROCESSO E O DIÁLOGO COM O REAL	94
5. O processo civil como questão de Estado	95
5.1. Do monopólio jurisdicional ao Estado Constitucional	95
5.2. O processo civil e o Direito Público	100
5.3. Processo e autoridade: um caminho dissociável?	107

6. O processo civil como palco de interesses	113
6.1. Processo civil e interesses	113
6.2. Representação de interesses: os advogados em cena	118
6.3. O interesse estatal e o estado-juiz	123
7. Limites e Pressupostos do Direito Processual Civil	128
7.1. Custos e escassez: o processo como função pública	128
7.2. Segurança e justiça: o processo civil é falível	134
7.3. Representação e discurso técnico: o processo civil é democraticamente limitado	141
7.4. Ceticismo e sacrifícios: na contramão de um processo pródigo	148
 IV PARTE – RECONSTRUINDO OS PILARES: O PANPROCESSUALISMO E O PROCESSO POSSÍVEL	154
8. Panproporcionalidade e suficiência: costurando um processo possível	155
8.1. A insuficiência do ferramental ortodoxo e o aporte panprocessual	155
8.2. Proporcionalidade panprocessual e suficiência: à procura de novos critérios	162
8.3. A análise comparada: o panprocessualismo e o seu lastro concreto	167
9. O acesso à justiça possível: limites e alternativas	174
9.1. Acesso à justiça e acesso ao Judiciário	174
9.2. Dimensão e conteúdo: há acesso universal?	180
9.3. Processo civil, mediação e arbitragem – readequando o diálogo	184
9.4. “Acesso à justiça”: a leitura panprocessual e o ceticismo moderado	192
10. O juízo de possibilidade e os “direitos processuais”	200
10.1. O devido processo legal como chave hermenêutica	200
10.2. O contraditório e sua extensão	207
10.3. Celeridade processual: a outra face da moeda	210
10.4. “Direitos processuais”: a leitura panprocessual e o ceticismo moderado	214
 Considerações Finais	220
Referências Bibliográficas	223

Introdução

O processo civil brasileiro se encontra em estado de ebulição. Seu ambiente reflete a série de modificações normativas e axiológicas pelas quais a disciplina tem passado, resultando na recente positivação de um novo Código. Nessa jornada, porém, há algo que parece constante: a defesa dos principais alicerces da sua *teoria geral*; a ideia de que a disciplina pode ser explicada a partir de ferramentas predominantemente sólidas, conferindo-se certa estabilidade à sua compreensão.

Não obstante, a presente tese pretende alterar esse jogo, trazendo novas peças para o seu tabuleiro. Em síntese, o objetivo central do trabalho é permitir que o processo civil seja concebido de maneira mais rente à realidade, aproximando os livros e o mundo concreto. Para perseguir esse fim, traçamos um percurso que vai da *desconstrução* a uma proposta de *reconstrução*.

Nessa linha lógica, o primeiro ponto de apoio é trazido pela postura que aqui denominamos de “*ceticismo moderado*”. Como será visto, trata-se de uma perspectiva pautada na tentativa de problematizar nossas certezas relacionadas ao processo, compreendendo-o a partir de pontos de vista mais críticos e reconhecendo a sua maleabilidade.

Com essa exposição, criamos um campo fértil para a suspensão dos juízos *absolutos* e *imutáveis* inerentes à matéria; abrimos as portas para o seu estreitamento com a realidade, percebendo a disciplina a partir de novos vieses. E é aqui que apresentamos o argumento *panprocessual* como uma via a ser considerada, enquadrando a disciplina em seu pano de fundo contextual.

Para desempenhar essa tarefa, o estudo que se inicia tem sua estrutura dividida em quatro momentos.

No primeiro, colocamos em tela o histórico recente de reformas e de discursos mais marcantes do processo civil brasileiro, traçando seu diagnóstico amplo. Em um recorte temporal recente, esperamos expor *como* e *porque* ele se alterou.

No segundo, apresentamos o *ceticismo moderado*, descrevendo a sua proposta e os seus principais elementos. Do mesmo modo, procuramos articular esse aspecto com a natureza cultural da resolução de disputas, expondo sua condição flexível e o espaço existente para sua *desconstrução*.

Com essas considerações, chegamos à terceira parte da tese. Nela, o propósito é utilizar esse *ceticismo* para apresentar algumas feições nem sempre percebidas do nosso

processo civil, mas elementares para sua compreensão. Do mesmo modo, partimos desse enfoque para realçar a existência de *limites* objetivos para a atuação da matéria.

Por fim, o quarto momento do estudo se destina à exposição da mentalidade *panprocessual*, mostrando ainda os seus possíveis impactos sobre o “acesso à justiça” e sobre os “direito processuais”. Se esses aspectos assumem protagonismo no processo civil contemporâneo, a sua leitura é sensivelmente alterada a partir do raciocínio aqui proposto: compreendendo-os de modo *moderadamente cético*, podemos preenchê-los de forma mais próxima ao contexto material.

Convidando o leitor para o exame das próximas páginas, espera-se que seus pilares componham um argumento benéfico para o debate do processo. Em suma, procura-se trazer um novo prisma para a análise do tema, revelando algumas das suas nuances e recomendando maior cautela na sua apreciação.

**I PARTE - DESCONSTRUINDO O PROBLEMA:
O PROCESSO CIVIL E O SEU ESTADO DE ARTE**

1. O processo civil contemporâneo: breves enquadramentos

Como primeiro ponto, consideramos que a apreciação crítica do processo civil brasileiro pressupõe o seu enquadramento geral e a compreensão da sua série de modificações temporais. É por esse motivo, aliás, que é incomum identificarmos na nossa academia obras relacionadas à matéria que não dediquem alguns de seus parágrafos iniciais à exposição das suas linhas históricas. Em maior ou menor escala, essa construção corre o constante risco de contrariar a advertência de Luciano Oliveira ¹, “falando sobre o Código de Hamurabi” ao reproduzir aspectos cuja demonstração já foi satisfatória e exaustivamente realizada.

A ressalva nos parece de alta pertinência, trazendo um alerta que deve ser mantido aceso. É desse modo que, ao analisarmos nas próximas páginas a evolução normativa recente do nosso processo civil, fá-lo-emos de maneira sintética e com um propósito claro: conferir fundamento teórico ao estudo e diretriz objetiva às suas considerações. Trata-se de atribuir adequação de sentido à nossa leitura da disciplina, evitando que sua análise funcional sofra da vagueza já criticada por Arenhart ².

Perseguindo esse escopo, o presente capítulo é composto por três itens. No introdutório, emolduramos o suporte clássico da matéria, expondo o seu toque liberal e relacionando essas bases com o texto original do Código de 1973. Na sequência, demonstramos que os elementos ideológicos que compunham essa teia foram globalmente problematizados, fazendo com que também nossa legislação sofresse adaptações. Enfim, no último, indicamos que essa ânsia reformadora não se limitou às modificações parciais, levando à aprovação de um novo Código de Processo Civil. Dos três, extrai-se uma fotografia panorâmica, necessária para o prosseguimento do estudo.

1.1. O processo civil clássico e sua índole liberal

Iniciando a abordagem, é habitual que se afirme que nosso processo civil, em sua

¹ OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurabi – A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. In. *Sua excelência o comissário e outros ensaios sobre sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004.

² Conforme pontua o autor, “tratar, pois, da instrumentalidade, isoladamente de alguma finalidade pré-determinada, é tratar do vácuo, do vazio, já que nada representa. A noção de instrumentalidade somente adquire algum sentido se acoplada a um fim, que se tome por parâmetro de utilização. Se o instrumento pode ser utilizado para diversos fins, deve haver, segundo a noção dos resultados e fins buscados, algum que se tome por mais adequado e específico para a obtenção deste objetivo. Assim, ao tratar da instrumentalidade do processo é imperioso também aludir aos fins a que o processo se destina, sob pena de não dizer nada. Explorar, pois, os fins do processo é essencial para a determinação da noção de instrumentalidade e para saber quando o processo realmente será instrumental”. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p.35

construção clássica, possui uma essência predominantemente “liberal”. Contudo, é menos corriqueiro que sejam investigados os efeitos e os impactos desse aspecto, bem como as suas relações de causalidade. Esse trabalho representa um passo decisivo. Afinal, em que extensão a “mentalidade liberal” influenciou (e segue influenciando) a formação de nossas estruturas processuais? Quais seriam os conteúdos e as balizas desse alicerce?

Respondendo didaticamente as indagações, podemos estabelecer que o Estado Liberal possuía como elementos fundamentais a natureza mínima e calculável, a centralização e o individualismo. Ao refletir o pensamento ilustrado, cada um deles representaria espécie de ponto de apoio para a formulação de um novo espaço público, moldado por preceitos essencialmente diversos daqueles que então ditavam as regras do jogo. Em poucas palavras, antes desse movimento histórico de mudanças valorativas e de reflexões, o *Estado* assumia contornos pouco similares àqueles que hoje conhecemos.

A correlação entre o primeiro desses aspectos e o desenho estatal é aquela mais recorrente. Isso não se dá de maneira despropositada. É que, conferindo protagonismo a noções como a previsibilidade, a lógica iluminista almejava se colocar como verdadeiro contraponto à realidade que a precedeu³. De um lado, a aceitação dessa nova forma de poder passaria por um processo de *concessão*. De outro, a *segurança* representaria a contrapartida necessária para estimular essa anuência.

Em boa conta, é esse o argumento geral que conduz à formulação contratualista, em suas diferentes expressões⁴. E é a partir dele que se constrói um ente estatal cuja atuação

³ Essa percepção, problematizando a evolução contextual de nosso direito processual civil, vem sendo trazida por Luiz Guilherme Marinoni de forma recorrente ao estruturar sua visão acerca da teoria (geral) do processo civil. E, ao analisar o tema conjuntamente com Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, a análise foi mantida, afirmando-se que “o Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo, objetivando eliminar as tradições jurídicas do absolutismo e do *ancien régime*. A administração e os juízes, a partir dele, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei”. Indo além afirma-se que “o princípio da legalidade, assim, acabou por constituir um critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa” e que “para o desenvolvimento da sociedade em meio à liberdade, aspirava-se a um direito previsível ou à chamada “certeza do direito” – aí entendida como garantia de certeza de um significado prévio e determinado atribuído à norma. Desejava-se uma lei abstrata, que pudesse albergar quaisquer situações concretas futuras, e assim eliminasse a necessidade da edição de novas leis (...) como é óbvio, de nada adiantaria uma lei marcada pela generalidade e pela abstração se o juiz pudesse conformá-la às diferentes situações concretas. Isso, segundo os valores liberais, obscureceria a previsibilidade e a certeza do direito, pensados como indispensáveis para a manutenção da liberdade”. Ver, MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Ed. RT, 2005. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil - Teoria do Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p.29-34.

⁴ “A tematização da soberania e da lei passa através do filtro de uma nova antropologia filosófica: colhido nos seus traços essenciais e perenes, o indivíduo é arrancado da lógica dos pertencimentos da conexão com os corpos para ser representado como um sujeito unitário de necessidade e de direitos, definidos pelos parâmetros da liberdade e da igualdade. A liberdade do sujeito não é porém desregramento subtraído a qualquer vínculo: é, de

deveria ser *mínima, neutra e calculável*. A lógica jurídica então vigente, pautada na proteção de direitos essencialmente *negativos*, é reveladora desse traço ⁵. Ao invés de se pensar em uma estrutura estatal ativa e prestativa, voltada à redução de desigualdades ou à oferta de direitos, a ideia era outra: um Estado limitado, forjado para a *proteção* da órbita individual de cada sujeito e *incapaz* de nela se imiscuir ⁶.

O retrato dessa política de “guarda noturno” é oferecido de maneira clara pela posição ali conferida ao direito de propriedade (elemento central à ordem jurídica). Ao mesmo tempo em que seria facultado ao sujeito dele usufruir livre e ilimitadamente, ao Estado seria reservada uma dupla função: (i) intervir sempre que necessário para reprimir outros particulares que turbassem tal exercício; e (ii) abster-se, ele próprio, de proceder à essa turbção. A proteção da liberdade individual, entendida em sentido contextual, seria vista como o início e o fim do espaço público ⁷.

Da mesma maneira, essa moldura também exigia que o Estado atuasse de forma

um lado, espaço protegido pelas indébitas intromissões de outros (...); de outro, é relação com a lei, possibilidade de ação e expansão pessoal que encontra na lei o fundamento, o limite, a garantia (...) o indivíduo é livre enquanto age nos trilhos da lei e esta, por sua vez, é o único instrumento capaz de protegê-lo do arbítrio. É exatamente do nexo entre liberdade e lei que nasce a possibilidade de conter o arbítrio do príncipe e de tutelar a segurança dos sujeitos”. COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In. COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fones, 2006. p.102.

⁵ “Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, caracterizados por um cunho fortemente individualista, concebidos como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente, como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado””. SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p.260.

⁶ “As transformações registradas não se confinam ao campo da política, não nascem e também não se esgotam todas nesse domínio. As revoluções liberais são ainda de cunho social, e, com os velhos governos, derrubam-se os velhos hábitos, atingem-se as classes, os estratos de classes e as respectivas zonas de influência ou de comunicação, há valores que se perdem e outros há que se adquirem. Uma organização do poder arrasta e é arrastada por uma nova organização da sociedade. Daí, o realce das liberdades jurídicas do indivíduo, como a liberdade contratual; a absolutização da propriedade privada a par das liberdades; a recusa, durante muito tempo, da liberdade de associação (por se entender, no plano dos princípios, que a associação reduz a liberdade e por se recear, no plano prático, a força da associação dos mais fracos economicamente); e desvios aos princípios democráticos (apesar da sua proclamação formal), nomeadamente, através da restrição do direito de voto aos possuidores de certos bens ou rendimentos, únicos que, tendo responsabilidades sociais, deveriam ter responsabilidades políticas (sufrágio censitário)”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. v.1. 7 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.88.

⁷ De acordo com Orlando Gomes (1909-1988), “no regime capitalista, o conceito unitário da propriedade é restaurado e os poderes que ela confere são exagerados, a princípio, exaltando-se a concepção individualista. Ao seu exercício não se antepõe restrições, senão raras, e o direito do proprietário é elevado à condição de direito natural, em pé de igualdade com as liberdades fundamentais (...) no Estado liberal, o contrato converteu-se em instrumento por excelência da autonomia da vontade, confundida com a própria liberdade, ambas impensáveis sem o direito de propriedade privada. Liberdade de contratar e liberdade de propriedade seriam interdependentes, como irmãs siamesas”. GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. atual. por Luiz Edson Fachin. 20 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.111.

neutra. Não lhe cabendo reordenar a lógica social, mas apenas conter eventuais violações, inexistiria razão para que não tratasse *todos como iguais*⁸. Por seu turno, a proteção do indivíduo recomendava ainda que o agir estatal fosse *calculável*, levando a um apego acentuado à ideia de legalidade⁹. Em suma, criou-se um poder público, mas se conferiu traços restritos à sua ação.

Paralelamente a essa orientação *mínima*, há ainda outro dado inerente ao período que deve ser compreendido: a natureza *polarizada* e *excludente* dessa prerrogativa de exercício de poder. É que, ao mesmo tempo em que se reconheceu a idoneidade do Estado para proceder ao uso legítimo da força, excluiu-se a possibilidade de que qualquer outra esfera dispusesse do mesmo atributo (rompendo a estrutura difusa então vigente)¹⁰. Os efeitos desse movimento no campo jurídico são claros, formando o caminho que vai do pluralismo ao monismo estatal¹¹; à subsunção do “direito” à “lei”, reconhecendo o Estado como fonte exclusiva de juridicidade¹². A redução, embora materialmente questionável (seja pela existência de

⁸ Igualdade aqui, naturalmente, concebida em sentido estritamente *formal*. Isso é, na medida em que o suporte estatal atuasse de forma aparentemente neutra, alcançando todos os sujeitos de igual forma, não haveria preocupação efetiva com a procura por um critério de isonomia material. A igualdade abstrata e hipotética prevaleceria, em seu pese o seu reflexo concreto poder ser um cenário bastante desigual.

⁹ “Imaginavam os revolucionários que o Parlamento produziria a lei pelo trabalho dos representantes da nação orientados pela razão; e porque a lei era, a um tempo, regra criada pela nação por meio de seus representantes (questão de forma) e orientada pela razão (questão de fundo), ela não poderia atentar contra a justiça e contra a liberdade. O culto da lei pelo liberalismo produziu consequências. É que o culto da lei como forma e conteúdo foi, lentamente, sendo substituído pelo simples culto da lei enquanto forma. A identificação do direito com a lei acabou por dar lugar a toda uma concepção formalista da experiência jurídica”. CLÈVE, Clémerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (por uma dogmática constitucional emancipatória). In: LEMBO, Cláudio. (org.). *Uma vida dedicada ao Direito – Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Ed. RT, 1995. p.34-35.

¹⁰ Conforme clássica lição de Max Weber (1864-1920), “no passado, as instituições mais variadas – a partir do clã – conheceram o uso da força física como perfeitamente normal. Hoje, porém, temos de dizer que o Estado é uma comunidade humana que pretende, com êxito, o *monopólio do uso legítimo da força física* dentro de um determinado territorial (...) especificamente, no momento presente, o direito de usar a força física é atribuído a outras instituições ou pessoas apenas na medida em que o Estado o permite. O Estado é considerado como a única fonte do “direito” de usar a violência”. No mesmo sentido, Bobbio (1909-2004) afirma que “a sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispondo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamados de *processo de monopolização da produção jurídica pelo Estado*”. WEBER, Max. A política como vocação. In: GERTH, Hans H. MILLS, Charles Wright (org.) *Ensaio de Sociologia*. Rio de Janeiro: LTC, 2002. p.56. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p.27.

¹¹ Assim, *passim*, HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito*. Lisboa: Almedina, 2012.

¹² Nesse sentido, colocando-se de maneira crítica perante essa subsunção, afirma Paolo Grossi que “o Estado, fechado na sua insularidade, dialoga somente com o exterior e somente com outras entidades estatais similares; no seu interior limita-se simplesmente a ditar as condições em base às quais uma regra deixa o confuso limbo das regras meramente sociais e se torna jurídica (...) a experiência jurídica deve se conformar aos modelos de ações fixados pela vontade soberana; deverá desenvolver-se em uma direção obsequiosamente legalista, sempre

instituições sociais ¹³ ou de *atos sociais* ¹⁴), representou peça essencial ao quebra-cabeça do período.

Além disso, o exame dessa ruptura também revela que, com a afirmação do Estado Liberal, a própria noção de “sujeito” se alterou (assumindo nova relevância e conteúdo). Se no contexto antecedente se colocava em primeiro plano a coletividade, o ideário liberal fez com que o núcleo passasse a ser o *indivíduo*, em si ¹⁵. Estaria nele o limite à autoridade

secundum eventum legem. E para que o controle seja perfeito, a lei deverá ser geral e rígida, mas também clara e certa; e será escrita; escrita em um texto onde todo cidadão possa lê-la; e se poderá decretar (como de fato se decreta) que a ignorância de seus ditames não impede a obrigatoriedade de seu cumprimento. O estatismo moderno traduz-se, em suma, para o direito e para os juristas, em um pesado monismo e perpetua durante toda a modernidade (...) um absolutismo jurídico”. GROSSI, Paolo. *Primeiras Lições sobre o Direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.30

¹³ “As instituições são experimentadas como algo dotado de realidade exterior; em outras palavras, a instituição é alguma coisa situada fora do indivíduo, alguma coisa que de certa maneira (duma maneira bastante árdua, diríamos) difere da realidade formada pelos pensamentos, sentimentos e fantasias do indivíduo. Por esta característica, uma instituição assemelha-se a outras entidades da realidade exterior, guarda certa semelhança até mesmo com objetos tais como árvores, mesas e telefones, que estão lá fora, quer o indivíduo queira, quer não. O indivíduo não seria capaz de eliminar uma árvore com um movimento da mão e nem uma instituição. A linguagem é experimentada desta maneira (...) As instituições são experimentadas como possuidoras de objetividade. Esta frase apenas repete, de forma um tanto diferente, a proposição anterior. Alguma coisa é objetivamente real quando todos (ou quase todos) admitem que de fato a mesma existe, e que existe duma maneira determinada. Este último aspecto é muito importante. Existe um inglês correto e um inglês incorreto – e isso permanece assim, objetivamente assim, mesmo se o indivíduo pensasse que as regras que disciplinam a matéria são o cúmulo da tolice (...) As instituições são dotadas de força coercitiva. Em certa medida, esta qualidade esta implícita nas duas que já enumeramos: o poder essencial que a instituição exerce sobre o indivíduo consiste justamente no fato de que a mesma tem existência objetiva e não pode ser afastada por ele. No entanto, se acontecer que este não note o fato, esqueça o mesmo - ou, o que é pior - queira modificar o estado de coisas existentes, é nesta oportunidade que muito provavelmente a força coercitiva da instituição se apresenta de forma bastante rude. Numa família esclarecida da classe média, e numa idade em que todos concordam que tais deslizos são de, esperar, a criança geralmente é submetida a uma persuasão suave enquanto ofende os padrões do inglês correto. Essa persuasão suave poderá continuar a ser aplicada numa escola progressista, mas raramente o será pelos colegas que a criança encontra na mesma. Estas provavelmente reagirão a qualquer infração ao seu código de inglês correto (que evidentemente não é o mesmo do professor), por meio duma zombaria brutal BERGER, Peter L. BERGER, Brigitte. O que é uma instituição social?. In. FORACCHI, Marialice Mencarini; MARTINS, José de Souza (Orgs). *Sociologia e Sociedade: Leitura de introdução à Sociologia*. Rio de Janeiro: LTC, 1977. p. 195-197.

¹⁴ Nas palavras de Durkheim (1858-1917), “há em toda sociedade um grupo determinado de fenômenos que se distinguem por caracteres definidos daqueles que as outras ciências da natureza estudam. Quando desempenho minha tarefa de irmão, de marido ou de cidadão, quando executo os compromissos que assumi, eu cumprio deveres que estão definidos, fora de mim e de meus atos, no direito e nos costumes. Ainda que eles estejam de acordo com meus sentimentos próprios e que eu sinta interiormente a realidade deles, esta não deixa de ser objetiva (...) o sistema de signos de que me sirvo para exprimir meu pensamento, o sistema de moedas que emprego para pagar minhas dívidas, os instrumentos de crédito que utilizo em minhas relações comerciais, as práticas observadas em minha profissão, etc (...) esses tipos de conduta ou de pensamento não apenas são exteriores ao indivíduo, como também são dotados de uma força imperativa e coercitiva em virtude da qual se impõem a ele, quer ele queira, quer não”. DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007. p. 01-02.

¹⁵ Observando esse recorte, afirma Hespanha que “passou a entender-se que aqueles atributos ou qualidades universais que se predicam dos indivíduos (ser *pater familias*, ser plebeu) e que descrevem as relações sociais em que estes estão integrados não são qualidades incorporadas na sua essência (...) sendo antes meros nomes, externos à essência, e que, portanto, podem ser deixados de lado na consideração desta essência. Se o fizermos, obteremos uma série de indivíduos “nus”, incaracterísticos, intermutáveis, abstratos, gerais, iguais. Verdadeiros átomos de uma sociedade (...) Esquecida a sociedade, isto é, o conjunto de vínculos inter-individuais, o que

estatal, radicalizando a dicotomia entre “público” e “privado” e levando à consagração do chamado *individualismo*. Refletindo no mundo jurídico, esse aspecto culminou em um ordenamento inteiramente erigido ao redor da ideia de “direito subjetivo”, ainda hoje claudicando para lidar com temas como a legitimidade das associações civis ¹⁶.

Enfim, considerando essa caricatura do Estado pós-revolucionário, notamos que seus valores e seus parâmetros de legitimação eram bastante específicos. Seria a partir desse arcabouço (*abstencionista, neutro e excludente*) que a atuação pública deveria ser aferida ¹⁷. Nesse ponto, porém, um par de questões poderia surgir: qual a relação entre essa série de aspectos e o processo civil? Por qual motivo eles são relevantes para o presente estudo?

A resposta às provocações pode ser posta de maneira simples: o processo civil não é uma ilha. Como identificado por Daniel Mitidiero, sua conformação dialoga tanto com o modelo estatal quanto com o caldo social em que está inserido ¹⁸. O acoplamento entre essas premissas mais amplas e a conformação processual não é apenas necessário, mas também inevitável.

É sob essa perspectiva que, no âmbito de um Estado *liberal*, formou-se um processo civil em cujo fundo preponderavam cores também *liberais*. O diálogo levou a questões como a aceitação, pelo processo, do conteúdo clássico da noção de “separação de poderes” (limitando assim o papel do julgador ¹⁹). E, além disso, consideramos que foi essa a guia

ficava era o indivíduo, solto, isolado” HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Européia*. Florianópolis: Boiteux, 2005. p.117.

¹⁶ Analisando esse tema, e identificando as diferentes fases relacionadas ao seu reconhecimento e à sua internalização pelo nosso direito (bem como as dificuldades ainda remanescentes), cita-se LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Associações Sem Fins Econômicos*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

¹⁷ “Si es correcto que la jurisdicción, a finales del siglo XIX, se encontraba totalmente comprometida con los valores del Estado Liberal y del positivismo jurídico, pasa a importar ahora la relación de tales valores, junto con la concepción de jurisdicción, como función tendente a dar actuación a los derechos subjetivos privados violados. Los procesalistas que definieron esa Idea de jurisdicción estaban bajo la influencia ideológica del modelo del Estado Liberal de derecho, por lo tanto, sometidos a los valores de la igualdad formal, de la libertad individual, mediante la no interferencia de lo Estado en las relaciones privadas, y del principio de la separación de poderes como mecanismo de subordinación del ejecutivo como de la judicatura a la ley”. MARINONI, Luiz Guilherme. RAGONE, Álvaro Pérez. OJEDA, Raúl Núñez. *Fundamentos del proceso civil - Hacia una teoría de la adjudicación*. Santiago: Abeledo Perrot, 2010. p.11.

¹⁸ “O direito processual civil, como manifestação da cultura, evidentemente não pode sobrar infenso à influência das características que a sociedade imprime ao Estado (...) O formalismo do processo tem de se adequar aos instrumentos pelos quais o Estado busca realizar os fins sociais, assegurando o império do direito”. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p.55

¹⁹ Analisando o modelo italiano, cuja construção é notoriamente aquela que mais influenciou o processo civil brasileiro, Pasquina estabelece que, ali, “one of the central functions of the separation of the judiciary from the legislative and the executive powers has always been to limit or prevent the arbitrary exercise of judicial power by the monarch who has already endowed with the two other powers. The Old Regime practice of the *lettres de cachet*, by which the king arbitrarily imprisoned or deprived defenseless citizens of their rights, is well known (...) it was during the Enlightenment that the idea of the “rule of law” established itself in the culture of European continent, prior to its introduction into positive law during the French Revolution. Rule of law means

mestra que (embora tardiamente) preponderou na formação do Código de Processo Civil de 1973, talhando-o com as mesmas marcas centrais.

Em nossa visão, um primeiro exemplo em que essa influência pôde ser observada foi a despreocupação inicial do diploma com a oferta de instrumentos processuais para as situações materiais de urgência. Essa omissão legislativa levou àquilo que em dado momento Marinoni e Arenhart alcunharam de “uso não cautelar da cautelar”²⁰, representando espécie de bricolagem²¹ do operador do direito diante da insuficiência do ferramental disponível²². A questão não se limitou à esfera doutrinária, repercutindo também nos Tribunais e embasando a criação de figuras ainda hoje consagradas, como a “sustação de protesto”²³. De todo modo, pensando-se em um processo *neutro e calculável*, a eventual urgência material seria *menos* relevante que a garantia formal de defesa, razão pela qual uma técnica antecipatória geral realmente seria pouco desejada.

here, in Lockean language, government by public, stable, general, and abstract norms (...) a judiciary power, separated from the legislative, in an institutional system that distinguishes the organs exercising these two functions as well as the functions themselves, is, in its autonomy, according to Montesquieu’s literal phrasing, a *null* power. The judges act as nothing more than the “bouche de la loi””. PASQUINO, Pasquale. One and Three: Separation of Powers and the Independence of the Judiciary in the Italian Constitution. In: FERREJOHN, John. RAKOVE, Jack N. RILEY, Jonathan (coords.) *Constitutional Culture and Democratic Rule*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p.210.

²⁰ Nessa ocasião, explicavam os autores que “a morosidade da prestação jurisdicional, oriunda, como é sabido, das mais diversas causas, também está ligada à ineficiência do velho procedimento ordinário, cuja estrutura encontrava-se superada antes da introdução da tutela antecipatória no Código de Processo Civil. A inefetividade do antigo procedimento ordinário transformou o art.798 do CPC em autêntica “válvula de escape” para a prestação da tutela jurisdicional tempestiva. De fato, a tutela cautelar transformou-se em técnica de sumarização do processo de conhecimento e, em última análise, em remédio contra a ineficiência do velho procedimento ordinário, viabilizando a obtenção antecipada da tutela que somente poderia ser concedida ao final”. Veja-se, porém, que no *Novo Curso de Processo Civil* (atualização da obra em pauta, escrita por Marinoni e Arenhart em coautoria com Mitidiero e aqui citada de forma recorrente) a expressão não foi mantida. Cita-se, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p.199.

²¹ Essa espécie de processo mental, realizado pelo operador do Direito, é objeto de descrição precisa por Oscar Chase: “os limites do poder da mente humana também explicam a propensão ao uso de uma ferramenta ou de um conceito cultural diante de uma situação inédita, em movimento por vezes concebido, na linha de Levi-Strauss, como uma bricolagem cultural. Trata-se de resolver os problemas com os quais nos deparamos pela utilização dos instrumentos que já se encontram à nossa disposição – mesmo que se trate de uma questão nova ou de uma nova esfera. Esses instrumentos podem ser físicos, como se dá ao utilizar uma cadeira como escada para alcançar locais mais altos, ou conceituais. Aqui, Balkin oferece como exemplo a influência de conceitos políticos relacionados à democracia no funcionamento de organizações religiosas. No entendimento do autor, a bricolagem é amparada pelo nosso apego a processos mentais como a narrativa, a homologia e a metonímia”. CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual*. Trad. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014. p.175.

²² A questão foi percebida por Alcides Munhoz da Cunha (1948-2014), levando-o a um estudo amplo e criativo relacionado ao uso das cautelares no direito brasileiro. Ver, assim, CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992.

²³ De fato, endereçando nossas atenções à “cautelar de sustação de protesto” percebemos que, como regra, a apresentação de tal medida nada possui de verdadeiramente cautelar. É que a prestação material por si viabilizada (i.e., o cancelamento do protesto indevido) normalmente não possui qualquer atributo assecuratório, mostrando-se tutela verdadeiramente satisfativa de um interesse específico e autônomo (não-referível) de seu requerente. Tratar a ferramenta como “cautelar” representa verdadeiro resquício da dilatação das cautelares realizada no curso histórico de nosso processo, como efeito da própria inexistência de uma figura genérica de antecipação dos efeitos da tutela.

No mesmo sentido, acreditamos que esse liame entre os valores liberais e o Código de Processo Civil de 1973 também se fez presente no tratamento originalmente conferido ao processo executivo - positivando-se elementos como a impossibilidade de execução sem título (*nulla executio sine titulo*) e celebrando-se uma lógica de incolumidade do executado condizente com a intervenção mínima do Poder Público. Dessa forma, a satisfação seria restrita à constrição patrimonial e distanciada do início do litígio. Um processo de conhecimento deveria necessariamente lhe preceder, e suas técnicas de atuação seriam limitadas ²⁴.

De igual maneira, consideramos que o dogma individualista (outro aspecto ínsito à herança liberal) também deu as cartas na composição do diploma. Com efeito, suas linhas gerais foram construídas para lidar de forma *atômica* com posições jurídicas afetas ao conceito (*individual*) de “direito subjetivo” ²⁵. Seja em questões como a legitimidade processual, seja em dados como a extensão subjetiva da coisa julgada, o regime ali trazido foi pensado para a resolução de conflitos lineares entre “A” e “B”. A questão revela o porquê de as tentativas de conciliação entre o Código de 1973 e o “processo coletivo” invariavelmente tenderem ao conflito ²⁶.

Por fim, trazemos como último tópico revelador desse diálogo a opção por estipular, prévia e genericamente, os trâmites a que cada litígio deveria se sujeitar. Replicou-se assim um pensamento formalista e estanque, mantendo modelo que desempenhou importante papel nos países continentais ²⁷. Em outros termos, sobrepôs-se a generalidade ordinária às peculiaridades casuísticas ²⁸, conferindo às disputas um olhar neutro e afastado (“*seeing like a*

²⁴ Esse quadro pode ser bem identificado na obra de Eduardo Couture (1904-1956), ao afirmar que “la sentencia pasada en cosa juzgada es indiscutible y coercible (...) pero como coercible, la sentencia ofrece al litigante una cantidad de posibilidades mucho más vasta que en el aspecto anterior. La coerción permite algo que hasta el momento de la cosa juzgada era jurídicamente imposible: la invasión en la esfera individual ajena y su transformación material para dar satisfacción a los intereses de quien ha sido declarado triunfador en la sentencia. Ya que no se trata de obtener algo con el concurso del adversario, sino justamente en contra de su voluntad”. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Aniceto Lopez Editor, 1942. p.273-274.

²⁵ “O Código de Processo Civil atual, especialmente antes da reforma processual levada a cabo em 1994, é exemplo de legislação voltada exclusivamente para a tutela de interesses patrimoniais disponíveis e individuais”. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. p.39.

²⁶ Neste item, concorda-se com Marinoni, Arenhart e Mitidiero, ao afirmarem que “não se pode conceber o processo coletivo sob a perspectiva da ação individual, nem se pode aplicar indiscriminadamente as noções do processo individual para a tutela coletiva”. Cita-se, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil – Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p.415.

²⁷ Assim, de modo geral, KERN, Christoph. *Justice Between Simplification and Formalism*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

²⁸ Esclarecem Marinoni, Arenhart e Mitidiero que “dar tratamento uniforme às posições sociais e aos direitos é imposição pertinente à época do Estado liberal clássico, preocupado em garantir a liberdade e os direitos da classe burguesa. Supunha-se que, para conservar intacta a liberdade, o Estado não poderia dar tratamento

State”, na expressão de James Scott ²⁹). Uma vez mais, pode-se sentir um predomínio dos valores liberais na conformação do nosso processo.

1.2. A readequação estrutura-função e os valores do processo

Ocorre que, em um recorte histórico, é viável dizer que essa identidade foi fortemente abalada ao longo do último século. Aspectos como a alteração dos parâmetros econômicos ³⁰, a intangibilidade dos efeitos pós-guerra ³¹ ou a descrença no império da Lei levaram a modificações essenciais no arranjo público e no contexto sociocultural ³². Mais que

diferenciado às pessoas e aos direitos (...) a necessidade de preservar a liberdade fez com que fosse afirmada a igualdade *formal*, levando à abstração das diferenças entre as pessoas e os bens (...) se a igualdade formal inspira o ordenamento jurídico, apresentando-se como requisito para garantir a liberdade e o bom funcionamento do mercado, não há como pensar em tutela jurisdicional que tome em consideração determinados interesses socialmente relevantes ou em forma de “tutela jurisdicional diferenciada”, a revelar a necessidade de conferir “tratamento diferenciado” a situações e posições sociais distintas”, e disso extraem que “como está claro, a elaboração dos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 não apenas foi influenciada, como expressamente admitiu o “propósito de instituir um tipo único para as ações”. Tal propósito estaria, segundo a Exposição de Motivos de 1973, de acordo com os “princípios modernos da ciência do processo”, que se ergueu a partir do final do século XIX e se consolidou mediante a escola sistemática ou chiovendiana”. Cita-se, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil – Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados*. p.25 e 33.

²⁹ Assim, SCOTT, James L. *Seeing Like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*. New Haven: Yale University Press, 1998.

³⁰ Afinal, como reconhecido por Ripert (1880-1956), há uma relação dialógica entre a reprodução do modo de produção e a conformação do ente estatal. Nas palavras do autor, “não se poderá compreender a evolução de nossa legislação civil a partir de século e meio, se não se levar em conta a forma da economia. As leis são tratados de paz entre forças continuamente examinados e revistos. É fácil reconhecer que força vitoriosa cada uma dessas leis impôs. O capitalismo industrial e financeiro criou uma legislação que lhe permitiu afirmar seu poder (...) diz-se que o capitalismo é liberal, porque nasceu sob o signo da liberdade e julgava útil o meio para viver. Mas se tivesse de se contentar com o direito comum, não se poderia ter desenvolvido. A liberdade não lhe bastava”. RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. p.14-22.

³¹ “Até então a guerra era uma atividade marginal, que interessava alguns grupos sociais por tradição ou profissão e que podia se desenvolver paralelamente às outras atividades da nação. A partir de 1914, a guerra é um fenômeno social totalitário, que submete a seus fins todas as tarefas e ocupações, que interessa diretamente todas as classes sociais, sem exceção (...) A Grande Guerra de 1914-1918 pôs fim a esta concepção romântica da atividade militar: desde então, nada escapa ao absolutismo da guerra – economia, ciência, arte, e até mesmo religião (...) reproduzindo o fenômeno verificado após a primeira guerra mundial, o direito contemporâneo, longe de eliminar as disposições normativas de conteúdo econômico originadas das necessidades de guerra, tende ao contrário a transformá-las e sistematizá-las (...)”. COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. In. *Revista dos Tribunais*. v. 353. São Paulo: Ed. RT, 1965. p.15-17.

³² Demonstrando o fluxo que conduziu do Estado Liberal (mínimo) ao chamado “Estado Social”, por exemplo, Norberto Bobbio enfatiza que “da crítica das doutrinas igualitárias contra a concepção e a prática liberal do Estado é que nasceram as exigências de direitos sociais, que transformaram profundamente o sistema de relações entre o indivíduo e o Estado e a própria organização do Estado, até mesmo nos regimes que se consideram continuadores, sem alterações bruscas, da tradição liberal do século XIX (...) Liberalismo e igualitarismo deitam suas raízes em concepções da sociedade profundamente diversas: individualista, conflituísta e pluralista, no caso do liberalismo; totalizante, harmônica e monista, no caso do igualitarismo. Para o liberal, a finalidade principal é a expansão da personalidade individual, abstratamente considerada como um valor em si; para o igualitário, essa finalidade é o desenvolvimento harmonioso da comunidade. E diversos são também os modos de conceber a natureza e as tarefas do Estado: limitado e garantista, o Estado liberal; intervencionista e dirigista, o Estado dos igualitários”. E essa lógica transformadora não se encontra encerrada. Pelo contrário, há espaço para

isso, assumindo diferentes alcunhas e se deparando com novos desafios, há um dado que nos parece essencial para a compreensão desse novo período: após a derrocada da ideologia liberal, *nenhuma* outra *jamais* se impôs com igual assertividade. O traçado do Século XX confere um novo teor ao *dissenso*, incorporando-o como parte relevante da arena política³³.

Diante dessa perspectiva, se anteriormente preponderavam ideias como a *restrição* da esfera pública e a sua *neutralidade*, torna-se usual defender que ao Estado deveriam ser também destinadas outras funções. Em movimentos nem sempre convergentes, passam a lhe ser propostos novos filtros de legitimidade, como a “eficiência” ou a “democracia participativa”³⁴. Há um *tsunami* de mudanças valorativas, exigindo rearranjos estruturais e institucionais.

Nesse contexto, o processo civil também foi naturalmente colocado na linha de tiro, problematizando-se as linhas centrais que até então fixavam os contornos da matéria. Foi desse modo que, por mais que a tinta anterior ainda preponderasse em sua estrutura, o desenho também passou a ser composto pela defesa de um maior empoderamento do julgador na condução do caso. Se o acertamento dos interesses particulares pelo Estado até então tomava a cena isoladamente, a ele se agrega a noção de que competiria ao processo desempenhar uma maior função social³⁵; há uma guinada *publicista*, na acepção de Antonio

o posterior reconhecimento de aspectos como a centralidade constitucional e os seus impactos no agir do Estado (conduzindo ao que se costumou denominar de “Estado Constitucional”). Cita-se, BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 4 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. p.42

³³ “Durante o século XIX fácil fora olhas à ideia de Constituição para definir o sistema político, pois que, sendo ela constante no que regulava e respeitada, Estado que tivesse Constituição qualificava-se de Estado constitucional. No século XX tudo se modifica, admitem-se as formas sem se admitirem os princípios, votam-se compromissos entre forças que não se podem neutralizar, os mesmo princípios adquirem significados diferentes e, quando se inscrevem nos textos, nem sempre conseguem concitar o acordo dos intérpretes. Triunfa a unidade formal, perde-se a unidade material”. MIRANDA, Jorge. Ob. cit. p.95.

³⁴ Identificando essa questão, primeiramente no que se refere à valorização da eficiência (em um modelo estatal mais voltado aos seus resultados), Offe destaca que “a eficiência não é aqui definida pelo respeito às regras e sim pela realização de funções e pela tentativa de provocar efeitos. Sob o ponto de vista do ordenamento de suas tarefas concretas, a administração precisa organizar de forma variável seus próprios *inputs* e premissas. Ela é eficiente na medida em que o faz com êxito. As premissas da ação administrativa não são mais *regras* que precisam ser seguidas sem restrições, e sim *recursos*, avaliados do ponto de vista de sua adequação para certas tarefas”. Na sequência, porém, o mesmo autor defende que o incremento dos meios participativos deveria servir de reforço para essa guinada estatal, estabelecendo que “a política administrativa social-estatal se coloca na dependência de legitimações extra-legais, na medida em que deixa de orientar-se pelos *inputs* jurídicos, tornando as normas de direito disponível sob o aspecto de sua adequação, ou seja, essa política se torna dependente *ou* de concepções ordenadoras substancializadas e supra legais, *ou* de processos consensuais empíricos (...) a tarefa de obter consenso e harmonizar interesses se coloca para a administração (...) na relação com a sua própria clientela”. OFFE, Claus. Critérios de racionalidade e problemas funcionais da ação político-administrativa. In. *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Trad. Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p.221-225.

³⁵ Como descrito por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1942-2013), “a concepção liberal, ainda não imbuída claramente do caráter público do processo, atribuía às partes não só amplos poderes para o início e fim do processo e o estabelecimento de seu objeto, como também sujeitava à exclusiva vontade destas o seu andamento e desenvolvimento, atribuindo -lhes total responsabilidade no que diz respeito à própria instrução probatória. Os

do Passo Cabral ³⁶.

A partir dessa premissa, entram em cena questões como a ponderação do princípio dispositivo e a majoração das hipóteses de impulso oficial. O tema, por vezes imputado à influência do Código Klein, impactou decididamente o processo – tocando itens como a atividade probatória e trazendo um contraponto à limitação da conduta estatal ³⁷.

Do mesmo modo, essa alteração valorativa também foi sentida na análise dos objetivos e das funções inerentes à jurisdição. Como cristalizado pelo conceito de “tutela”, passou-se a exigir uma verdadeira proteção material (conforme identificado por Denti ³⁸ e

poderes do órgão judicial eram, portanto significativamente restringidos (...) Hoje, contudo, o caráter privado não corresponde mais à concepção dominante sobre a natureza e função do processo civil, pois a experiência desmentiu a crença na eficiência do trabalho desenvolvido pelos participantes do processo. Basta pensar em que a aplicação do princípio dispositivo em sua concepção clássica, impondo exclusiva contribuição das partes no aporte ao processo da matéria de fato, relativiza além do desejável a apreciação da verdade pelo juiz, forçando -o a se contentar passivamente com a versão trazida pelas partes. Também restringe a liberdade do órgão judicial de maneira inconveniente a adoção do chamado sistema da prova legal ante a rigorosa regulação da apreciação da prova, cujo exemplo mais acabado é fornecido pelo direito comum”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. In. *Genesis. Revista de Direito Processual Civil*. v. 27. Curitiba: Genesis, 2003. p.23.

³⁶ A expressão *publicismo* é usada de maneira recorrente pelo autor para designar uma estrutura processual cujos institutos, em linhas gerais, teriam em sua composição a prevalência de valores públicos (e não do interesse exclusivo das partes). Nesse particular, pontua que seriam características essenciais dessa moldura: “(a) o Estado almejava implantar pelo processo, *escopos públicos*, que se *sobrepões* aos interesses privados das partes e que levariam à *aplicação imperativa da regra legislada*, considerada a lei a única fonte da norma processual; (b) a concepção de que as *normas processuais seriam todas de ordem público*, e portanto *cogentes, estabelecidas no interesse público e inderrogáveis* pela vontade das partes; a vontade dos litigantes não poderia interferir decisivamente no trâmite do procedimento de maneira diversa daquela prevista na norma legal; (c) rejeição do processo como “coisa das partes” e a *inflação dos poderes oficiosos do juiz*, inclusive e sobretudo na condução do procedimento; o Estado-juiz passou a ser a personagem central da relação jurídica processual”. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p.106.

³⁷ “A busca de outro método de trabalho, mais condizente com a natureza do processo atual, capaz de obter maior eficiência na aplicação e realização do direito, consubstancia-se especialmente na reforma processual realizada por FRANZ KLEIN na Áustria, ao apagar das luzes do século XIX. Depois de sublinhar o alto conceito do valor social e público do processo resultante da história, destaca KLEIN a necessidade de ser rapidamente extirpado, da maneira mais simples e barata, esse autêntico “mal social” (“*sozial Übel*”). Nesse contexto, os princípios processuais da oralidade, da publicidade e da livre valoração da prova, constituem apenas meios, técnicas diríamos nós, para atingir-se o escopo do processo, entendido este como ajuda segura e imediata (“*Gegenwartshilfe*”), um indispensável instituto de bem estar social. Dessa premissa extrai, sobretudo, a necessidade de mais aguda atividade do juiz, instado a participar de forma mais intensa no processo e em particular na investigação dos fatos. Trata-se de confiar-lhe direção efetiva e não apenas formal do processo”. Idem. p.24. Sobre o tema, veja-se ainda o ensinamento de Álvaro Pérez Ragone, argumentando que “La gran influencia demostrada en los siglos XX y XXI en los sistemas continentales europeos se fundamentan en el código procesal civil austríaco de 1895, en el cual se combina el principio de aporte probatorio e iniciativa de parte con el poder de dirección procesal en cabeza del juez. Se parte de que el rol ilimitado de la libertad de las partes pueda afectar la fijación de los hechos, la determinación de la verdad, y con ello la inversión de costo y tiempo verdaderamente necesaria para un proceso. El juez efectivamente no debiera asumir un rol de pasivo frente a las conductas estratégicas y dirección exclusiva y excluyente de las partes. Él no es un convidado de piedra, sino quien en algún momento deberá decidir. Caso contrario sería un caso según Klein de un proceso sin Cruz Roja. Por el contrario el juez debiera asumir un rol, el que debe determinar tanto en relación al proceso como para con los que en él intervienen”. RAGONE, Álvaro Pérez. Retrato del revisionismo garantista en el proceso civil a través de Klein y Wach. In. *Revista de Processo*. n.233. São Paulo: Ed. RT, 2014. p.243 e ss.

³⁸ Nas palavras de Denti (1919-2001), “si può, quindi, avanzare la conclusione che, una volta elevato il diritto di azione a garanzia costituzionale – il che lo colloca al di fuori della disciplina concreta del processo – il potere di

Marinoni ³⁹). A isso, acrescentaram-se também dados como uma maior preocupação com o *tempo* da disputa, transformando os anseios inerentes à disciplina, ampliando sua complexidade e reclamando novos mecanismos.

Demonstrando o que se expõe pela via exemplificativa, imaginemos que os sujeitos “A” e “B” celebram contrato de compra e venda, mas o comprador (“B”) frustra a expectativa de pagamento, tornando imprescindível que o vendedor (“A”) conduza sua pretensão ao Poder Judiciário. A hipótese é atemporal, podendo ser pensada tanto na data de hoje quanto no ápice do Estado Liberal. E esta leitura comparativa confere evidência à modificação jurisdicional e aos seus impactos.

Realmente, caso a lide ocorresse no período liberal seria razoável e adequado que o julgador se limitasse a findar o litígio mediante a declaração da “vontade da lei”, viabilizando, no máximo, o manejo de um subsequente processo executivo. Amparado em dogmas atualmente insustentáveis, como o sentido unívoco do texto ⁴⁰, seu trabalho seria finalizado de maneira satisfatória ao declarar a “vontade legal”, inexistindo uma real preocupação com a satisfação material do sujeito “A”.

Transpondo o mesmo exemplo para um contexto processual orientado pela tutela de direitos, entretanto, a situação sofre alterações substanciais. Com efeito, a modificação faz com que a simples declaração (hoje compreendida com a hermenêutica como médium necessário) não encerre a atividade judicatória. Considerando que seu objetivo final passa a ser a efetiva proteção material, é apenas com a obtenção deste resultado que sua tarefa terá sido satisfatoriamente realizada. No caso hipotético, não bastaria uma mera declaração desfavorável a “B”, sendo necessário satisfazer concretamente a pretensão de “A”.

Em decorrência desse aspecto, entende-se que para cada interesse material litigioso deveria ser assegurada uma proteção efetiva e compatível com suas características e especificidades ⁴¹. A lógica generalista antes existente sofre uma obrigatória revisão, gerando

mettere in moto il processo può meglio definirsi come potere di proporre la domanda giudiziale, o potere di domanda *tout court*”. DENTI, Vittorio. *La giustizia civile – Lezioni introduttive*. Bologna: Il Mulino, 1989. p.116.

³⁹ Por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1993.

⁴⁰ Problematicando a questão, Bruno Torrano destaca que “o direito é um sistema que sofre das limitações inerentes aos instrumentos que seus criadores utilizam para agir no mundo. Toda norma jurídica escrita reflete as imperfeições e confusões de pensamento próprias de seres com racionalidade limitada que habitam um ambiente caracterizado pela escassez de recursos e pela assimetria de informações (...) se uma norma é escrita, ela sofre das vaguezas e imprecisões próprias da linguagem (...) as indeterminações não são intencionais, mas se ligam à plurivocidade do sentido verbal da norma”. TORRANO, Bruno. *Do fato à legalidade: introdução à teoria analítica do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.163.

⁴¹ Sustentando também essa aderência, Dinamarco afirma que “o direito processual predispõe meios hábeis à imposição das normas, soluções e resultados indicados pelo direito material. Para tanto, concebem-se técnicas e oferecem-se espécies diferentes de processos, provimentos, procedimentos variáveis mediante a necessidade de

uma releitura ampla das ferramentas do processo ⁴². E o Código de Processo Civil de 1973 não passou incólume a esse fluxo, tendo se submetido a diversas adaptações. Afinal, a *estrutura* normativa da disciplina deve estar intimamente relacionada às *funções* a que ela própria deve se prestar, evitando os riscos de formalismo excessivo ⁴³ ou de patologia burocrática ⁴⁴.

Como primeiro exemplo desse rearranjo ideológico, vejamos o art.285-A, ali inserido para viabilizar o julgamento liminar de demandas repetitivas ao dispor que “*quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada*”.

É certo que a legalidade do dispositivo gerou controvérsias, havendo aqueles que sustentaram sua incongruência com algumas das garantias intrínsecas à disciplina ⁴⁵. Mais que isso, a própria Ordem dos Advogados do Brasil chegou a propor Ação Direta de Inconstitucionalidade contra essa técnica de aceleração jurisdicional ⁴⁶. Contudo, sem aqui ingressar no debate, cabe apenas ressaltar que o artigo privilegia claramente a eficiência e a celeridade ⁴⁷ - em opção que seria impensável à luz do processo tradicional.

cada espécie de situação da vida comum *etc.* - tudo a partir de uma regra de adaptabilidade que é inerente à condição instrumental do processo”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.1. São Paulo: Malheiros, 2005. p.177-178.

⁴² “Diante dessa inexorável realidade, o chamado princípio da tipicidade dos meios executivos foi cedendo espaço ao chamado princípio da concentração dos poderes de execução do juiz. Percebe-se atualmente uma tendência de ampliação dos poderes executivos do magistrado, criando-se uma espécie de poder geral de efetivação, que permite ao julgador valer-se dos meios executivos que considerar mais adequados ao caso concreto, sejam eles de coerção direta, sejam de coerção indireta.” DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José de Carneiro. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: Execução*. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. p. 48.

⁴³ Conforme Calamandrei (1889-1956), “la historia de las instituciones judiciales demuestra que las formas adoptadas originariamente para alcanzar ciertos fines, tienden a sobrevivir a su función (...) como fin en si mismas; así, a veces, el valor puramente instrumental de las formas que deberían servir para facilitar la justicia degenera en *formalismo* y las mismas se convierten en objeto de un culto ciego”. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. v.1. Buenos Aires: El Foro, 1996. p.322.

⁴⁴ “Quando uma organização de aproxima do modelo estratégico usado como esquema normativo, mas por isso mesmo põe em risco o seu vínculo com o meio, costumamos falar de patologias burocráticas, isto é, da não correspondência entre a estrutura interna e o meio externo, ou simplesmente entre estrutura e função”. Cita-se, OFFE, Claus. Ob. cit. p.219.

⁴⁵ Afirma Daniel Mitidiero, por exemplo, que “o direito fundamental ao contraditório não se cinge mais a garantir tão-somente a bilateralidade da instância, antes conferindo direito, tanto ao demandante como ao demandado, de envidar argumentos para influenciar na conformação da decisão judicial (...) nessa perspectiva, o contraditório deixa de ser um direito fundamental que se cifra à esfera jurídica do demandado, logrando pertinência a ambas as partes, abarcando, portanto e evidentemente, inclusive, o demandante. A nosso juízo, o art. 285-A, CPC, está a ferir, justamente, o contraditório do autor, e não o do réu”. MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37.

⁴⁶ A medida, atuada sob nº. 3695/DF, encontra-se pendente de julgamento.

⁴⁷ Realmente, trata-se de ferramenta que possui como traço forte a marca da eficiência, fazendo com que haja um claro permissivo à aceleração judicial. A questão é direta: ainda que a primeira demanda não tenha veiculado o

Sob o manto dessas mesmas finalidades, podemos ir ainda mais longe para indicar a positivação dos arts. 273 e 461, §3º, no Código de 1973⁴⁸, trazendo uma técnica ampla e maleável de antecipação dos efeitos da tutela. Com essa postura, deu-se um passo decisivo para o realinhamento do nosso processo, criando novas oportunidades para a aplicação da matéria e superando um apego excessivo à previsibilidade formal.

Ainda nessa análise, lembramos a recente instituição dos mecanismos de resolução de recursos por amostragem. Essa adaptação pôde ser identificada nos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil de 1973⁴⁹, possuindo como escopos, de um lado, a

interesse do segundo autor, também ele estará submetido à sentença adotada em seu curso – reduzindo a complexidade da atuação jurisdicional e criando uma alternativa orientada à celeridade processual.

⁴⁸ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

⁴⁹ Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

uniformização de decisões e, de outro, a otimização da prestação jurisdicional. Ocorreria assim uma coletivização de interesses recursais, procurando solvê-los parcialmente com uma única decisão. Embora não tenha havido consenso doutrinário sobre o tema ⁵⁰, um dado parece cediço: também essa ferramenta reflete a tentativa de incutir novos valores na atuação do processo.

Conferindo um olhar mais amplo para o problema, vale igualmente recordar as inúmeras modificações realizadas ao longo das últimas décadas no tratamento conferido à execução civil. Colocou-se aqui um forte peso sobre a eficiência do rito executivo, como se vê pela modificação dos efeitos atribuídos à defesa do devedor. Se antes os seus embargos possuíam o condão de automaticamente suspender os atos expropriatórios, hoje essa situação se tornou excepcional ⁵¹, em uma clara guinada em favor do exequente ⁵².

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

⁵⁰ Ver, nesse sentido, THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil Law e o common Law e dos problemas da padronização decisória. In: *Revista de Processo*. v.189. São Paulo: Ed. RT, 2010.

⁵¹ “Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes

(...)”

⁵² Com efeito, veja-se que, antes mesmo da reforma, a questão já era objeto de ressalvas. Assim, Medina, por exemplo, afirmou que “o sistema jurídico processual brasileiro estabelece, como regra, que os embargos do executado “serão sempre recebidos com efeito suspensivo” (art. 739, § 2.º). Essa fórmula, como é sabido, não é aplicável a todas as espécies de execução. Com efeito, em alguns casos há previsão expressa no sentido de se permitir que a execução tenha seguimento (total ou parcial) apesar da oposição de embargos. Desse modo, a regra segundo a qual os embargos têm sempre efeito suspensivo não é absoluta, em nosso sistema. As exceções, no entanto, são previstas apenas em algumas situações jurídicas definidas com antecipação pela norma jurídica, não se aplicando à generalidade dos casos. Há diversas situações, contudo, em que os embargos do executado fundam-se em argumentos frágeis, muitas vezes dissonantes de orientação doutrinária e jurisprudencial pacífica, e o juiz, independentemente dos fundamentos opostos pelo embargante, não tem outra saída senão a de receber os embargos com efeito suspensivo, ante a imposição do art. 739, § 2.º, do CPC. Entendemos que a regra geral

Outro passo dado nessa direção, também no que se refere à execução por quantia certa, foi a gradativa aceitação da penhora de valores por meio eletrônico. A prerrogativa foi internalizada no Código de Processo Civil de 1973 por meio do seu art.655-A⁵³ e representou medida voltada a facilitar a satisfação do direito creditício. E, por mais que inúmeras reticências lhe tenham sido inicialmente impostas, sua eficiência lhe assegurou um gradativo papel de destaque. Atualmente, chega a ser improvável imaginar nosso arranjo procedimental sem ter em mente esse mecanismo de simplificação.

Prosseguindo no campo da execução, notamos ainda que essa virada em favor da efetividade ocasionou uma superação do princípio da tipicidade das técnicas satisfativas. A questão foi introduzida de forma textual no art.461, §5º, do Código de Processo Civil de 1973⁵⁴ e no art.84, §5º, do Código de Defesa do Consumidor⁵⁵, revelando que o poder então atribuído ao julgador seria bastante diverso daquele originariamente existente. Sua margem foi expandida, atribuindo-se maior liberdade no processo de escolha dos meios a serem

de que os embargos tenham sempre efeito suspensivo, prevista no referido preceito legal, é um obstáculo à realização mais célere da tutela jurisdicional executiva, na medida em que não permite ao juiz avaliar os argumentos opostos pelo embargante, para, de acordo com tais fundamentos, atribuir ou não efeito suspensivo aos embargos”. MEDINA, José Miguel Garcia de. Sobre os requisitos e o efeito suspensivo dos embargos do executado – sugestões de *lege ferenda*. In. *Revista de Processo*. v.106. São Paulo: Ed.RT, 2002. p.196 e ss.

⁵³ “Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

§ 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução.

§ 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do caput do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade.

§ 3º Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

§ 4º Quando se tratar de execução contra partido político, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, nos termos do que estabelece o caput deste artigo, informações sobre a existência de ativos tão-somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa a violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, de acordo com o disposto no art. 15-A da Lei no 9.096, de 19 de setembro de 1995.”

⁵⁴ “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.”

⁵⁵ “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.”

adotados⁵⁶. Flexibiliza-se a lógica procedimental, permitindo o uso de instrumentos como a intervenção em pessoas jurídicas⁵⁷ e acentuando a aderência entre o processo e o direito material⁵⁸.

Considerando essa série de dados, distante de ser taxativa, vemos que o Código de Processo Civil de 1973 passou por modificações determinantes durante sua vigência. Em algumas questões, a realização de um quadro comparativo entre o texto original e aquele válido cerca de quatro décadas após causaria verdadeira surpresa, sendo improvável que alguém afirmasse se tratar da mesma lei. A *estrutura* legislativa de nosso processo se tornou outra, refletindo algumas das modificações também percebidas em suas exigências e em suas *funções*.

1.3. Os novos desafios e a reforma da codificação processual

A constante capacidade de adaptação do processo civil, porém, não se esgotou nas reformas parciais do Código de 1973. Indo além, tornou-se comum a defesa de que a mudança contextual exigiria um diploma inteiramente renovado, esculpido a partir de bases diversas. Foi assim que se chegou à aprovação, em dezembro de 2014, de um novo Código de Processo Civil. Conforme os defensores da mudança, o texto marcaria uma virada de página, trazendo significado revigorado para diversos aspectos relacionados à matéria.

Nessa linha, sustenta-se que o novo Código possuiria justificativa por ser (em território brasileiro) o primeiro diploma da disciplina pensado sob a égide de um regime democrático. Além disso, argumenta-se que o fato de sua edição suceder em mais de duas décadas a promulgação da Constituição Federal de 1988 faria com que os valores e os princípios ali incutidos já alcançassem certo grau de amadurecimento - gerando novos critérios de adequação para o processo, recompondo sua quadra e criando um espaço de

⁵⁶ Ver, GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

⁵⁷ Sobre o tema, ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. In. *Revista Jurídica*. v.57, n.385. Porto Alegre: Notadez, 2009. Também, PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. *Medidas Urgentes no Direito Societário*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

⁵⁸ Sobre o tema, Marinoni, Arenhart e Mitidiero suscitam que “no Estado constitucional, pretender que o processo seja neutro em relação ao direito material é o mesmo que lhe negar qualquer significado. Isso porque ser indiferente ao que ocorre no plano do direito material é ser *incapaz de atender às necessidades de proteção ou de tutela reveladas pelos novos direitos e, especialmente, pelos direitos fundamentais* (...) portanto, outorgar à jurisdição o escopo de tutela dos direitos é imprescindível para dar efetividade aos direitos fundamentais, inclusive ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Como é óbvio, esta forma de conceber a função jurisdicional faz com que a ação neutra (única) perca sustentação, já que essa *ação é completamente incapaz de atentar para o papel que o direito hegemônico desenvolve diante da sociedade e do Estado*”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil - Teoria do Processo Civil*. p.286.

florescimento para a nova legislação.

É nessa gama de releituras que se insere, por exemplo, a previsão normativa de um novo conteúdo para a garantia processual do contraditório, utilizando-se aqui expressões como “contraditório estendido” ou “contraditório forte”. Em linhas gerais, sob essa orientação seria defeso ao julgador decidir a respeito de qualquer aspecto do litígio (mesmo que cognoscível de ofício) sem que fosse oportunizada a prévia manifestação das partes. A questão guarda circularidade com a defesa de uma perspectiva colaborativa: diante da falibilidade da ideia de *iuria novit curia* e da recomposição das posições do processo, não seria razoável em momento algum que a possibilidade de cooperação fosse afastada⁵⁹. E também os tópicos que não dependem de alegação estariam sujeitos a essa nova roupagem, exigindo amplo diálogo para sua correta avaliação.

No que se refere a essa premissa, é comum que sua importância seja relacionada à impossibilidade de que, em um processo paritário, haja espaço para as “decisões surpresa” (isto é, aquelas que não puderam passar pelo crivo do debate, vez que prolatadas de modo teoricamente inesperado)⁶⁰. E esse tipo de preocupação não é exclusividade da doutrina brasileira. Em verdade parece haver ao menos três fontes centrais das quais a inspiração foi parcialmente adotada, a saber: o art.16 do *Code* francês⁶¹; o § 139 das *Z.P.O*⁶²; e o modelo

⁵⁹ “Pressupondo o direito ao contraditório como direito de se pronunciar também sobre a valoração jurídica da causa, tem-se entendido que as partes têm o direito de se pronunciar também sobre a valoração jurídica da causa, tendo o juiz o dever de submeter ao diálogo a sua visão jurídica das questões postas em juízo, mesmo sobre aquelas questões que deve conhecer de ofício. Objetiva-se, assim, evitar decisões que apanhem de surpresa as partes, havendo aí evidente concretização da cooperação no processo pela mão do dever de consulta às partes que toca ao órgão jurisdicional, inerente à construção de um processo civil pautado pela colaboração. É claro, todavia, que a relativização do brocardo *iura novit curia* só tem sentido se passarmos a compreender o direito não mais como algo totalmente pré-dado pela legislação.” MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. p.102-103.

⁶⁰ Encampando essa premissa, e criticando a possibilidade de decisão sem a prévia oitiva (e influência) das partes, Humberto Theodoro Junior. e Dierle Nunes afirmam que “nessa ótica, o contraditório (na perspectiva constitucional do Estado Democrático de Direito) permite que o cidadão assuma a função de autor destinatário dos provimentos (jurisdicionais, legislativos e administrativos), cujos efeitos sofrerá. A decisão não pode mais ser vista como expressão apenas da vontade do decisor e sua fundamentação ser vislumbrada tão só como mecanismo formal de legitimação de um entendimento que este possuía antes mesmo da discussão endoprocessual, mas deve buscar legitimidade, sobretudo na tomada de consideração dos aspectos relevantes e racionais suscitados por todos os participantes, informando razões (na fundamentação) que sejam convincentes para todos os interessados no espaço público, e aplicar a normatividade existente sem inovações solitárias e voluntarísticas. A garantia da fundamentação racional das decisões (art. 93, IX, CRFB/88) pode ser explorada como desígnio constitucional de que o juiz respeite, no julgamento, de forma real, a participação das partes na formação do provimento jurisdicional”. THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. In. *Juris Plenum*. v.45. Caxias do Sul: Editora Plenum, 2012.

⁶¹ Prevê o dispositivo que “Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”.

italiano de nulidade de *terza via* ⁶³. Nos três casos, de maneira análoga àquela aqui prevista, vislumbra-se impedir a decisão do magistrado sem a prévia oitiva das partes. Definitivamente, a baliza coloca uma peça inédita na construção de nossa estrutura processual.

Da mesma forma, a guinada valorativa também é sentida na questão dos “acordos processuais” ⁶⁴. Em resumo, trata-se de tentar conferir às partes a possibilidade de *dispor sobre a estrutura procedimental* de seu litígio; de facultar que estabeleçam parcela do percurso a que o “acertamento de seu caso” estaria submetido; em síntese, de permitir que sejam *derrogadas* regras relacionadas ao desenvolvimento do processo, alterando sua tramitação a critério dos próprios sujeitos envolvidos na controvérsia.

Esse tipo de discurso ganhou especial importância no processo civil francês da década de 80, encontrando amparo em teóricos como Loïc Cadiet e sendo exemplificado em aspectos como a possibilidade de escolha, pelas partes, do *circuito procedimental* a que sua lide deve se sujeitar ⁶⁵. Do mesmo modo, analisando o problema sob as lentes do processo civil italiano, destacamos o pensamento de Remo Caponi ⁶⁶. Em qualquer das vias, esses acordos almejavam permitir que as partes transacionassem sobre a *forma de tramitação* da sua causa. E, se esse tipo de leitura não é de todo recente no direito brasileiro ⁶⁷, no novo

⁶² Sobre o tema, JUNIOR, Humberto Theodoro. NUNES, Dierle José Coelho. Ob. cit.

⁶³ Sobre o tema, ver GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. In. *Rivista di diritto processuale*. Ano LXV. n. 4. Padova: CEDAM, 2010. Também, adotando uma visão mais flexível quanto ao teor da garantia (e a vinculando ao próprio resultado do litígio), CHIARLONI, Sérgio. La sentenza della “terza via” in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?. In. *Giurisprudenza Italiana*. Roma: UTET, 2002.

⁶⁴ Analisando a questão de forma detalhada, ver, *passim*, CABRAL, Antonio do Passo. Ob. cit.

⁶⁵ Sobre a questão, afirma Tricia Navarro Xavier Cabral que “iniciou-se no direito francês um movimento traduzido na necessidade da existência de um modelo jurídico negocial ao lado de um modelo jurídico imposto pelo Estado. Em consequência, passou-se a refletir sobre a contratualização da justiça, do processo e dos modos de regramento dos litigantes, tema aparentemente paradoxal com o processo, que é um desacordo. Essa novidade representa um projeto de democratização da justiça, uma vez que harmoniza o princípio da cooperação dos juízes e das partes com o princípio do contraditório, princípios estes que direcionam o processo civil francês, através de técnicas contratuais. A possibilidade de modificação contratual do procedimento no direito francês vem estabelecida no Décret 2005-1678 de 28.12.2005 (...) diferentemente dos dois sistemas primeiramente citados, no direito francês observa-se uma maior cooperação entre o juiz e as partes para fins de estabelecer acordos processuais. Além disso, a contratualização do processo é ampla e se revela de várias formas, como as convenções para se evitar a instauração do processo e as que ocorrem durante o processo, dentre outras”. CABRAL, Tricia Navarro Xavier. Poderes do Juiz no Novo CPC. In. *Revista de Processo*. v.208. São Paulo: Ed.RT, 2012. p. 275 e ss. Em relação a esse aspecto, ver, em especial, CADIET, Loïc, NORMAND, Jacques, MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. Paris: PUF, 2010, p. 524. Também, CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. In. *Accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 7 e ss.

⁶⁶ Nesse sentido, CAPONI, Remo. Autonomia private e processo civile: gli accordi processuali. In. *Accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 99 e ss.

⁶⁷ Afinal, como já se estabeleceu em outra ocasião, “por mais que o Código de Processo Civil de 1973 não encampe explicitamente essa guia valorativa, há vetores em sua redação que (ainda que de forma silente) parecem-nos partilhar do mesmo norte. Essa situação pode ser percebida, por exemplo, ao se admitir a celebração de cláusula contratual de eleição de foro. Também, ao determinar-se que o juízo territorialmente incompetente, se não oposta exceção, tenha prorrogada sua competência para análise do litígio. Embora nossa

Código sua adoção é acentuada. É precisamente esse o dado cristalizado pelo art.190 do texto, segundo o qual “*versando a causa sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo*”.

Encerrando a questão, vale citar ainda outro aspecto, de cariz técnico, previsto na nova codificação processual civil: o incidente de “resolução de demandas repetitivas”. Inserindo o diploma no bojo da tutela coletiva, o mecanismo, embora timidamente, expõe certo afastamento da veia individualista que é inerente à organização liberal ⁶⁸. Surge como face de um processo civil em mutação, conferindo realce à sua maleabilidade.

Em relação a esse ponto, o cerne da questão está no fato de, em termos globais, a coletivização de interesses ocorrer a partir de dois arranjos essenciais ⁶⁹. De um lado, estariam as chamadas “ações de classe”, representadas de forma emblemática pela *US Federal Rule 23* ⁷⁰. De outro, as técnicas que procuram conferir *certo grau* de coletivização a uma questão ou a um interesse, mas não dispensam a propositura de demandas individuais (caso do *GLO* inglês ⁷¹ ou do *Munsterverfahren* alemão ⁷²). E o “incidente de resolução de demandas repetitivas”

legislação possua regras voltadas à divisão de competência territorial, nas duas hipóteses se admite sua derrogação por iniciativa das partes. Seja pela disposição via contrato, seja pela atitude adotada em juízo, permite-se que os litigantes vinculem de forma restritiva a atuação estatal, sujeitando-a à decisão tácita ou abertamente celebrada. Ainda nessa linha está a possibilidade de negociação contratual dos parâmetros de ônus de prova, ou a faculdade conferida às partes para estipularem a suspensão do seu processo. Em ambas as circunstâncias, permite-se que os sujeitos adotem condutas de disposição capazes de vincular o Estado-juiz. Tanto em uma quanto na outra os titulares do conflito assumem papel de destaque na fixação de parâmetros procedimentais, estipulando como o julgador deve agir em caso de dúvida ou o sujeitando a uma suspensão do feito sobre a qual possui poderes limitados”. ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Os acordos processuais no novo CPC: aproximações preliminares. In. RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 145-146.

⁶⁸ Timidamente porque, como exposto em outra ocasião, a medida permite a coletivização de interesses, mas não dispensa a necessidade de impulso individual para que o sujeito tenha o seu direito tutelado. Assim, OSNA, Gustavo. Coletivização total e coletivização parcial: aportes comparados e o processo civil brasileiro. In. *Revista de Processo Comparado*. n.1. São Paulo: Ed. RT, 2015. p.115 e ss.

⁶⁹ Com essa preocupação específica, ver, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. Também, GIDI, Antonio. Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries. In. *The American Journal of Comparative Law*. n.51. Michigan: University of Michigan Law School, 2003. Ainda, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. RT, 2013. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os processos coletivos nos países de civil Law e common Law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Ed. RT, 2008. HODGES, Christopher. *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems*. Oxford: Hart Publishing, 2008. MULHERON, Rachel. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2004.

⁷⁰ Sobre o tema, ver, *passim*, OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

⁷¹ Referindo-se ao mecanismo, Neil Andrews destaca que “esse tipo de ordem é a mola mestra do sistema inglês quanto ao tratamento dado aos litígios com múltiplas partes (...) as GLO – *Group Litigation Orders* – são uma forma específica de reunião das partes, por meio de listagem de ações com registro em grupo. Seus principais componentes são: (i) o tribunal deve aprovar a ordem do litígio em grupo; (ii) ao contrário do modelo de

se coloca exatamente nessa última quadra, sendo essa a sua inspiração declarada ⁷³.

Com esse propósito, a comissão de reforma procurou inicialmente, no primeiro dos dispositivos relacionados ao mecanismo, identificar em quais hipóteses seria cabível o seu manejo. Nesse sentido, estabeleceu-se que sua admissão passaria pelo preenchimento de dois requisitos: (i) a “*efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito*”; (ii) a presença do “*risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica*” ⁷⁴.

Na sequência, fixaram-se aspectos relacionados à legitimidade para desencadeamento da técnica processual, bem como ao procedimento que marcaria seu início. Com efeito, vê-se do texto legislativo que o incidente poderia ser suscitado pelas partes, pelo

representação (...), o litígio em grupo envolve o *opt in* de cada indivíduo; (iii) um membro do grupo é titular tanto de uma cota do grupo, quanto do *status* geral de parte, no sentido pleno da expressão, do processo; (iv) durante o trâmite das GLO, o tribunal exerce administração intensa do caso e da instrução; (v) as decisões sobre questões “comuns” atingem o grupo, sendo a seu favor; (vi) os membros do grupo compartilham a responsabilidade pelas custas que decorrerem das questões “comuns””. ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. RT, 2009. p.343.

⁷² “Class actions do not exist in Germany, Switzerland, and most other countries of the civil law system. The simple rule is that, in general, everyone has standing for an action only regarding his or her own claim. Intermediate or representative actions for other persons do not exist. Mass torts occur in Germany and Switzerland as well as in other countries. German and Swiss courts have found ways to deal with them in an adequate way. Although the instrument of a class action is not known in Germany and Switzerland, Swiss courts have developed other procedural means to deal with mass torts. Moreover, due to the dependence of Germany and Switzerland on international trade and commerce, their courts and lawyers have considerable experience in dealing with complex international litigation. So, then, how do we deal with mass tort cases? First, many issues that would give rise to a class action in the United States as a civil case are dealt with by government agencies. For example, in Switzerland there is a Federal Office for the Equal Treatment of Men and Women to deal with issues of sexual discrimination, and the Federal Cartel Commission is charged with enforcing antitrust legislation. Second, model suits, funds solutions, and public-interest organization’s actions (*Verbandsklagen*), and several multiparty solutions, all of which I will return to in a moment, are available to deal with mass torts”. WALTER, Gerhard. *Mass Tort Litigation in Germany and Switzerland*. In. *Duke Journal of Comparative & International Law*. v.11. Durham: Duke University, 2001. p.372-373.

⁷³ Aqui, veja-se que, após se remeter à necessidade de combater a “dispersão excessiva da jurisprudência” e o “assoberbamento de trabalho no Poder Judiciário”, a exposição de motivos original do projeto afirmou explicitamente que “com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta”. Em nota de rodapé, a exposição esclareceu (nota 19) que “no direito alemão a figura se chama *Musterverfahren* e gera decisão que serve de modelo (= Muster) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu” e enfatizou (nota 20) que “tais medidas refletem, sem dúvida, a tendência de coletivização do processo”.

⁷⁴ “Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. § 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente. § 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono. § 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado. § 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. § 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.”.

Ministério Público, pela Defensoria Pública ou, de ofício, pelo juiz ou relator que se deparasse com as suas hipóteses permissivas⁷⁵.

Em qualquer caso, a medida deveria ser endereçada ao presidente do Tribunal, que procederia à sua distribuição – cabendo, então, ao órgão colegiado o seu exame de admissibilidade. Caso presentes os requisitos, seria determinada a suspensão dos litígios em que o interesse “repetitivo” estivesse pendente de julgamento, no Estado ou na região atrelada ao órgão julgador⁷⁶.

Por fim, uma vez processado o incidente, sua análise resultaria na fixação de uma tese jurídica, resolvendo a controvérsia sobre os aspectos concernentes. Em relação à transcendência dessa resposta para as demandas “repetitivas”, estabelece-se que a tese obtida seria aplicada *“a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região”*. Ainda nesse particular, estipula-se que o posicionamento poderia ser revisto a qualquer momento (de ofício ou por provocação) e que sua aplicação deveria se impor, também, *“aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal”*.

Dessa forma, sem entrar em debates relacionados à extensão territorial da decisão coletiva ou à sua estrutura recursal, a ferramenta se operacionalizaria nos seguintes moldes: (i) havendo processo a ser objeto de apreciação, seria possível (a requerimento ou de ofício) suscitar o incidente perante a presidência do Tribunal competente; (ii) para tanto, seria necessária a presença de controvérsia serial a respeito de questão de direito, bem como que

⁷⁵ “Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, por petição; III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente”.

⁷⁶ “Art. 981. Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976.

Art. 982. Admitido o incidente, o relator: I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso; II - poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias; III - intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. § 1º A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes. § 2º Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso. § 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado. § 4º Independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no § 3º deste artigo. § 5º Cessa a suspensão a que se refere o inciso I do caput deste artigo se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente”.

sua pulverização gerasse riscos à isonomia e à segurança jurídica; (iii) uma vez instaurado o incidente, os processos relacionados à questão debatida seriam suspensos em âmbito regional ou estadual; (iv) o julgamento redundaria em tese jurídica a ser aplicada em todos os processos em curso no Estado ou na região, bem como naqueles a serem ali futuramente propostos. Em duas frases, *coletiviza-se* a questão individual, redesenhando os efeitos de sua decisão ⁷⁷.

Considerando essa gama de situações, não restam dúvidas de que o processo civil brasileiro se encontra constantemente permeável a mudanças, sendo essa a tônica de sua estrutura normativa. A questão não surpreende. É que, para manter sua “instrumentalidade necessária” ⁷⁸, é preciso que a disciplina esteja cognitivamente aberta às demandas que se situam ao seu redor. Foi assim com o texto original do Código de 1973 e também com as suas sucessivas alterações, trazendo novos desafios e exigindo outros olhares.

⁷⁷ Sobre a questão, ver OSNA, Gustavo. Ob. cit. p.85. Também, *passim*, ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais. Ainda, TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. In. *Revista de Processo*. v. 241. São Paulo: Ed. RT, 2015. p.337. CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In. *Revista de Processo*. v.231. São Paulo: Ed. RT, 2014. p.201. AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. In. *Revista de Processo*. v.196. São Paulo: Ed. RT, 2011. p.237.

⁷⁸ “El derecho procesal tiene, pues, frente al derecho sustancial carácter *instrumental*, encontrándose con el en relación de medio a fin: pero se trata de una instrumentalidad *necesaria*, en cuanto para obtener la providencia jurisdiccional sobre el mérito, no hay otro camino que el de la rigurosa observancia del derecho procesal”. CALAMANDREI, Piero. Ob. cit. p.348.

2. Os pilares teóricos e a “teoria geral do processo”

Observamos até aqui que o tratamento legislativo do direito processual civil brasileiro tem se situado em um contínuo movimento de mudanças. A questão possui similitude com alterações mais amplas, relacionadas à própria imagem da esfera pública e do ambiente social. E, ao condicionar a atuação do Estado, impacta também a estrutura normativa do processo. É assim que o Código de 1973 passou por modificações históricas profundas, e é também sob essa perspectiva que se chegou à construção de uma nova codificação.

Formou-se, com isso, um importante alicerce para o desenvolvimento do estudo. E o presente capítulo também se insere nesse momento preliminar, semeando o seu terreno. Para tanto, procuramos aqui demonstrar como a flexibilidade acima descrita foi internalizada pelos *discursos* do processo. Em outros termos, pretendemos expor que a natureza maleável, vista no tratamento positivo da disciplina, também se fez presente em seu arranjo *teórico*, condicionando os seus debates.

Nesse sentido, o atual propósito é extrair uma imagem ampla da teoria do processo no Brasil, a partir de alguns de seus principais elementos. Em uma tarefa com tais contornos, é natural que o perigo de se “falar sobre o Código de Hammurabi” novamente se faça presente, razão pela qual a nossa postura possuirá contornos sintéticos e instrumentais. Sem pretensão de esmiuçar o problema, almejamos unicamente extrair algumas premissas necessárias para a defesa de um estudo mais *realista* do processo civil. Por ora, esse objetivo nos basta.

2.1. As instituições fundamentais: jurisdição, ação e processo

Nesse mergulho pela roupagem tradicional da teoria do processo no Brasil, o fluxo descrito no capítulo anterior costuma permear o exame de três instituições fundamentais: a jurisdição, a ação e o (próprio) processo. São esses os pilares corriqueiramente imputados à disciplina, conferindo-se a cada um o posto de pedra-de-toque para sua composição⁷⁹. E, embora a mudança contextual nem sempre seja declaradamente percebida, é ao analisar esse

⁷⁹ De acordo com Alexandre Freitas Câmara, “o direito processual está todo estruturado sobre três conceitos fundamentais, os quais receberam de notável jurista argentino a denominação genérica de “trilogia estrutural do Direito Processual”. Esses três conceitos básicos da ciência processual são a jurisdição, a ação e o processo”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v.1. 18 ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p.61.

trinômio de elementos que nossa doutrina acaba lhe absorvendo.

Quanto ao primeiro dos aspectos, o *processo*, é comum que se afirme no pensamento continental que o seu nascedouro (enquanto tema autônomo) possui marco e paternidade claramente definidos. Suas origens estariam fincadas no ano de 1868, sendo tributadas a Bülow e à sua ideia de “relação processual”⁸⁰. Adequando o processo a bases socioculturais peculiares, essa nova lógica trouxe uma guinada à matéria, marcando perenemente sua compreensão⁸¹.

Em uma explicação sumária, foi Bülow quem, ao investigar a resolução de conflitos, constatou a existência de aspectos capazes de conduzir à extinção do litígio sem possuírem relação direta com sua matéria de fundo. Pelo contrário, esses elementos ensejariam o término do *processo* por razões vinculadas à própria regularidade *processual*. Seriam, enfim, seus “pressupostos”. E foi assim, por lhe atribuir pressupostos próprios, que o autor concluiu que o processo possuiria autonomia face ao direito material⁸². Na base de cada disputa levada a juízo haveria duas relações diversas, sendo a regularidade da primeira (processual) precedente à resolução da segunda (material).

Nessa medida, assim como a validade de um negócio de compra e venda passaria pelo preenchimento de algumas travas preliminares (afetas ao seu *objeto*, à sua *forma* e às suas *partes*), também o processo apresentaria pressupostos *específicos*. Estaria assim explicado o porquê de determinada demanda de cobrança, proposta de forma insuficiente, ser extinta sem qualquer pronunciamento sobre o seu mérito. Apenas com a superação do

⁸⁰ Trata-se do ano de publicação original da obra do autor denominada *Die Lehre Von den Processeinreden um die Processvoraussetzungen*, em cujo teor Bülow (1837-1907) traz o referente central para a defesa de um direito processual civil autônomo. A obra, traduzida para o idioma espanhol, segue se colocando como leitura indispensável para a devida compreensão da disciplina. Cita-se, BÜLOW, Oskar Von. *La Teoria de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

⁸¹ Sobre o tema, afirma Antonio do Passo Cabral que, “antes de adquirir autonomia científica, o processo civil era considerado um apêndice do direito privado. Foi com a publicação do famoso livro de Oskar von Bülow sobre as exceções e o pressupostos processuais que se fundou a escola publicista do processo, libertando o processo dos domínios do direito material. Sua tese plasmava-se na premissa de que a relação jurídica processual é pública por englobar o Estado-juiz; por isso, diferenciava-se da relação jurídica de direito material subjacente a ela”. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*.p.99

⁸² “El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso (...) si el proceso es, por lo tanto, una relación jurídica, se presentan en la ciencia procesal análogos problemas a los que surgieron y fueron resueltos, tiempo antes, respecto de las demás relaciones jurídicas. La exposición sobre una relación jurídica debe dar, ante todo, una respuesta a la cuestión relacionada con los requisitos a que se sujeta el nacimiento de aquella (...) Estos problemas deben plantearse también en la relación jurídica procesal (...) Estas prescripciones deben fijar – en clara contraposición con las reglas puramente relativas a la marcha del procedimiento, ya determinadas – los requisitos de admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación de toda la relación procesal (...) Proponemos, como tal, la expresión “presupuestos procesales”.” Idem. p.2-6.

primeiro filtro seria possível passar ao exame da segunda relação ⁸³.

Embora as considerações acima possam atualmente parecer intuitivas, é certo que sua construção representou uma mudança expressiva no cerne da disciplina. Enquanto em um momento precedente era comum que o processo fosse explicado a partir de lógicas simplistas e privatistas, vendo-o como um contrato ou como um “quase contrato” ⁸⁴, coube à teoria da “relação processual” conferir autonomia à questão e inserir a atividade estatal em seu domínio. Dois movimentos fluentes para um mesmo sentido: o de um processo *formal* e *centralizado* (pelo Estado); em suma, o de maior encampação do arcabouço tipicamente liberal.

Surfando na onda histórica das modificações sociais, porém, esse discurso também não se manteve imune a críticas. Seja pelo seu exacerbado mentalismo, seja pela sua pretensão de neutralidade, a teoria da “relação processual” foi objeto de inúmeras problematizações ⁸⁵. Assim é que, por exemplo, sustentou-se que seria necessário conferir maior dinamismo e menor conceitualismo à disciplina ⁸⁶. Também foi nesse sentido que

⁸³ Na dicção de Ovídio Baptista da Silva (1929-2009) e de Fábio Gomes, “as relações jurídicas que nascem, se desenvolvem e se extinguem no plano extraprocessual são reguladas por regras próprias e pertinentes ao chamado plano do direito material. Uma compra e venda civil, por exemplo, pode operar-se perfeitamente apenas com a participação do comprador e do vendedor e não ser submetida à apreciação jurisdicional, caso dela não surja um conflito de interesses. Todos os aspectos desta relação jurídica de compra e venda estarão regulados pelo art.481 e seguintes do Código Civil. Ao usarmos o mesmo exemplo de compra e venda, podemos imaginar a hipótese de que o comprador pague o preço e não receba a posse do bem objeto do contrato. Proibida a autotutela, deverá o comprador, pela via jurisdicional, propor a respectiva demanda para ser imitado na posse; uma vez proposta esta, surgirá, então, uma segunda relação jurídica, tendo por sujeitos o autor (comprador), o juiz (que é o órgão do Estado) e o réu (vendedor). E esta outra relação jurídica será regulada por regras completamente distintas daquelas que disciplinam a compra e venda posta à apreciação do órgão jurisdicional”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2010. p.31.

⁸⁴ Sobre as doutrinas do processo como “contrato” e “quase-contrato”, demonstrando sua insuficiência e seus equívocos, cita-se COUTURE, Eduardo J. Ob. cit. p.62-65.

⁸⁵ “O conceito de relação jurídica, dado o seu caráter gera-abstrato, neutraliza a substância da própria relação em vida. A teoria de Bülow, ao sistematizar uma relação jurídica processual, não escapou do conceitualismo ou do cientificismo neutro próprios à pandectística. A teoria da relação jurídica processual, se é capaz de demonstrar o que acontece quando o litigante vai em busca do juiz em face daquele que resiste à sua pretensão, encobre as intenções do Estado ou de quem exerce o poder, além de ignorar as necessidades das partes, assim como as situações de direito material e as diferentes realidades dos casos concretos. A pretensa neutralidade do conceito de relação jurídica processual certamente escamoteou a realidade concreta, permitindo a construção de uma ciência processual que se queria bastante ou supunha que poderia viver imersa em si mesma, sem olhar para a realidade do direito material e para a vida das pessoas de carne e osso”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil - Teoria do Processo Civil*. p.431-432.

⁸⁶ Conforme Picardi, “le posizioni giuridiche, in quanto dedotte in giudizio, costituiscono, poi, anche il metro su cui si misura, da un lato, la giurisdizione e la competenza del giudice, dall’altro, la legittimazione delle parti e dei terzi che intervengono nel processo (...) ma anche le norme processuali sono diritto nel senso più pieno della parola e, quindi, attribuiscono ai soggetti che operano nel processo *diritti soggettivi processuali*, i quali, anche essi, si scompongono in una serie di posizioni soggettive autonome e distinte da quelle sostanziali (...) fra il XIX ed il XX secolo, de resto, la civilprocessualistica aveva già iniziato a scandagliare il meccanismo processuale, tentando di stabilire le prime sommarie correlazioni fra le diverse posizioni giuridiche del giudice e delle parti ed organizzandole, anche se approssimativamente, nella categoria del *rapporto giuridico processuale*”. O autor,

ganharam corpo formulações como a de Fazzalari, concebendo o processo como um “procedimento qualificado pelo contraditório”⁸⁷. O tema se encontra em aberto, refletindo a pluralidade discursiva que contemporaneamente dá a tônica da matéria.

Essa natureza argumentativa também é visível no estudo da “ação”. Como já identificado por Tarello, esse item tem historicamente se situado entre os mais estudados pela doutrina do processo, encontrando debates de diferentes ordens e por vezes flertando com o idealismo⁸⁸. E é precisamente esse o atual cenário brasileiro. Igualmente aqui, o estudo da disciplina inevitavelmente passa por formulações relacionadas à “ação”, atribuindo-lhe centralidade em toda a edificação teórica.

É diante dessa premissa que, comumente, inicia-se o estudo do instituto por suas raízes mais remotas, apresentando noção ancorada no pensamento de Celso⁸⁹. No mesmo sentido, expõem-se sequencialmente as variações trazidas a essa ideia por autores de essência civilista⁹⁰ (mantendo um viés privatista, mas conferindo novo enquadramento à elaboração anterior).

Prosseguindo a análise, costuma-se trazer à cena a polêmica da *actio*, talhando uma ação processual autônoma e reafirmando a autonomia do próprio processo. Nesse bojo, entram em tela as separações entre *actio* e *Klage* (Windscheid) e entre direito violado e direito de reparação, (Muther)⁹¹. Em acréscimo, é também valiosa a menção ao pensamento de Pontes de Miranda, que no direito pátrio esmiuçou e explicitou esta distinção entre ação

porém, destaca que essa figura “non consente di cogliere il momento dinamico e progressivo del fenomeno e lo risolve, al più, in una rete di rapporti processuali variamente implicati fra loro”, razão pela qual a considera superada pela noção de “procedimento”. PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 2010. p.143.

⁸⁷ Após classificar a ideia da relação jurídica processual como um “velho e inadaptado clichê pandectista”, Fazzalari (1924-2010) concebe o processo como um “procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridica l’atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio e in modo che l’autore dell’atto non possa obliterare le loro attività”. Nesse sentido, o *contraditório* e o seu desdobramento *dialético* se colorariam como alicerces inarredáveis e centrais para a compreensão da matéria. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8 ed. Padova: Cedam, 1996. p.75 e 82.

⁸⁸ Assim, expondo a noção de Tarello (1934-1987) a respeito do tema, ver, *passim*, TARELLO, Giovanni. Quattro buoni giuristi per una cattiva azione. In. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

⁸⁹ Conforme versão que chegou aos dias atuais, a conceituação de Celso, por longo tempo adotada doutrinariamente, concebia que “*actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi in inducio quod sibi debetur*.” (isto é, “ação é o direito de alguém buscar em juízo o que lhe é devido”).

⁹⁰ Explicando essa lógica, Couture pontua que “para esta tendencia la acción es el derecho en movimiento; nos es otra cosa que una posibilidad dinámica del derecho; una especie de capacidad de ejercicio que es inherente al derecho mismo (...) utilizando una imagen más poética que jurídica, se dijo que entonces “el derecho se arma de casco y se prepara para la guerra”. Acción y derecho son una sola cosa, dentro de una aparente dualidad. Un derecho dejaría de ser tal si no llevara contenida la acción. La ley que habla de “derechos y acciones”, decía Demolombe, incurre en un pleonismo”. COUTURE, Eduardo J. Ob. cit. p.18-19.

⁹¹ Sobre o tema, sintetizando o embate entre Windscheid (1817-1892) e Muther (1826-1878), ver, WINDSCHEID, Bernhard. MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la “actio”*. Buenos Aires: EJE, 1974.

processual e ação material ⁹².

A partir dessa cisão, é ainda comum que se coloquem em pauta os estudos de Wach ⁹³, bem como a aproximação entre “direito de ação” e “direito de petição” apresentada por Couture ⁹⁴. A “ação” como *poder* de fazer declarar a vontade da lei em face do adversário, ideia de Chiovenda, é igualmente lembrada ⁹⁵. Por fim, recebem primazia a “teoria eclética” de Liebman e as suas “condições da ação” ⁹⁶.

Dessa forma, a compreensão da “ação” passa por um sofisticado emaranhado teórico. Porém, com um olhar mais amplo e instrumental, o principal dado a ser visto é que esse instituto também possui determinação *contextual*, permitindo a adaptação da matéria às exigências e às demandas concretas. Como consequência, por mais que cada posicionamento tenha sido compatível com seu momento histórico, as modificações econômicas e sociais tornam sua subsistência problemática e exigem novos discursos.

É nesse sentido que Marinoni, Arenhart e Mitidiero, por exemplo, passam a conceber o “direito de ação” como um verdadeiro direito à proteção jurisdicional adequada ⁹⁷ (impactando questões como o papel do julgador ou a abertura a técnicas inibitórias). Em resumo, os parâmetros de *previsibilidade* e de *neutralidade* não seriam mais suficientes, trazendo novas exigências ao processo.

⁹² A respeito do pensamento detalhadamente trazido por Pontes de Miranda (1892-1979), cita-se PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: Ed. RT, 1971.

⁹³ A questão é apresentada por Chiovenda (1872-1937) em CHIOVENDA, Giuseppe. *L'azioni nel sistema dei diritti*. In. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. p. 11-13..

⁹⁴ Ressalte-se que, como afirmam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, esta aproximação realizada pelo autor só pode ser percebida nas últimas edições de seu *Fundamentos del derecho procesal civil*, discrepando do posicionamento adotado na primeira edição da obra, em cujo âmbito Couture afirmava que “la acción, poder jurídico dirigido a obtener la actividad de la jurisdicción, tiene un conjunto de características particulares que la hacen diferir claramente de la simple petición a la autoridad”. Cita-se, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil - Teoria do Processo Civil*. p.199. COUTURE, Eduardo. Ob. cit. p.33.

⁹⁵ “L’azione è un potere di *fronte* all’avversario più che *contro* l’avversario (...) L’azione è un potere, di fronte al quale l’avversario non è tenuto ad alcuna cosa: poichè se l’azione tutela un diritto subbietivo, l’obbligo di soddisfare il diritto subbietivo tutelato forma, come prima, il contenuto di questo (...) Nè all’azione corrisponde alcun dovere processuale dell’avversario: ma puramente e semplicemente la sua soggezione agli effetti giuridici a cui l’azione intende. I quali effetti giuridici (...) sono l’attuazione della legge”. CHIOVENDA, Giuseppe. *L'azioni nel sistema dei diritti*. In. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. p.15.

⁹⁶ Expondo a compreensão de Liebman (1903-1986) a respeito da temática, ver, LIEBMAN, Enrico Tulio. *L’azione nella teoria del processo civile*. In. *Problemi del Processo Civile*. Napoli: Morano, 1962. p.22-53.

⁹⁷ Nas palavras dos autores, “o direito de ação (...) não se exaure com a sentença de procedência ou com o acórdão (do tribunal) que a confirmou, nem mesmo quando transitados em julgado. O direito de ação exige que a sentença de procedência se revista da forma adequada à proteção do direito e, ainda, quando for o caso, disponha dos meios executivos aptos à sua implementação (...) assim, a sentença (compreendida como medida processual) e a execução adequadas são óbvios corolários do direito de ação, impondo a conclusão de que o direito de ação, muito mais do que o direito ao julgamento do mérito, é o direito à adequada e efetiva tutela jurisdicional. Isso porque, por efetiva tutela jurisdicional, deve-se entender a efetiva realização do direito material, para a qual são imprescindíveis a sentença e os meios executivos adequados”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil - Teoria do Processo Civil*. p.288.

Por último, a mesma lógica também se aplica à modificação que vem permeando a ideia de “jurisdição”. Como indicado de forma breve no capítulo anterior, igualmente esse terceiro pilar tem sua compreensão condicionada pelo arranjo em que está inserido. Entre a construção liberal e a defesa da efetiva proteção do interesse material há um percurso em constante elaboração, passando por diferentes curvas e trazendo desafios incessantes para quem nele se envereda. Afinal, *para que* serve a jurisdição? Em que medida ela pode atuar? As respostas não nos parecem simples. E, certamente, nenhuma delas é atemporal.

De fato, ao iniciar a investigação pela primeira das teorias clássicas relacionadas ao tema, aquela de Chiovenda, percebemos que há ali valores claramente compatíveis com o ambiente histórico em que foi formada. É nesse sentido que se estabelece que a jurisdição se confundiria com a função substitutiva do Estado voltada à declaração da vontade da lei⁹⁸. Assim, podemos dizer que a sua legitimidade prescindiria de uma intervenção concreta, bastando-lhe atuar de forma *neutra, legalista e previsível*⁹⁹. De um lado, há um claro estatismo; de outro, um distanciamento entre o processo e a realidade material.

Do mesmo modo, essa ponderação também se repete ao apreciarmos a segunda das teorias tradicionalmente relacionadas ao tema – trazida por Carnelutti. Sob esse prisma, a função jurisdicional se prestaria à justa composição de uma lide (isto é, de um conflito de interesses juridicamente protegido) e, após, ao “*adimplemento da promessa prevista na lei*”¹⁰⁰. O mito *legalista* e a ideia de que a *declaração* bastaria entram novamente em cena, assumindo protagonismo na engrenagem processual.

Essas mesmas ressalvas não variam quando se direciona atenção para o posicionamento de Enrico Allorio, segundo o qual o exercício jurisdicional teria como

⁹⁸ “La jurisdicción consiste en la actuación de la ley mediante la sustitución de la actividad de órganos públicos a la actividad ajena, ya sea afirmando la existencia de una voluntad de ley, ya poniéndola posteriormente en práctica”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal*. Trad. José Casais Y Santalo. Madrid: Editorial Réus, 1922. p.349.

⁹⁹ De fato, a partir do pensamento de Chiovenda é possível observar dois elementos marcantes: (i) a preocupação com a supremacia da legislação diante da atuação jurisdicional (refletindo uma clara influência iluminista); (ii) o cuidado em atribuir ao Estado o posto de centralidade na matéria processual, concebendo a ação, inclusive, como um direito potestativo, e não como uma situação subjetiva que impusesse ao ente estatal a assunção de posição de sujeição. Estes elementos podem ser percebidos em CHIOVENDA, Giuseppe. *L’azioni nel sistema dei diritti*. In. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. vol.1. Milano: Giuffrè, 1993.

¹⁰⁰ Por mais que de regra seja imputada à Carnelutti (1879-1965) exclusivamente a primeira das conceituações, sendo aquela é que comumente atribuída ao autor, a mudança de posição pode ser percebida em seu *Diritto e Processo*, possuindo justificativa no fato do primeiro conceito (“justa composição da lide”) não englobar devidamente as hipóteses de jurisdição voluntária. Trata-se do que faz o pensador, adaptando sua construção anterior – mas sem descartá-la para a jurisdição contenciosa – conceber como finalidade do processo o “adimplemento da lei”. Cita-se, CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napole: Morano Editore, 1958. p.40-66.

elemento basilar a “coisa julgada”¹⁰¹. Nessa batida, a jurisdição possuiria como traço marcante a imposição de imutabilidade à questão posta em juízo, conferindo-se a este elemento o papel principal. Ainda que sob bases normativistas¹⁰², notamos que mais uma vez a finalidade da jurisdição acabou sendo depositada em um aspecto ínsito à declaração processual¹⁰³, sem exigir qualquer forma de intervenção concreta.

Prosseguindo, porém, é sabido que também em relação a esse aspecto nossa teoria processual não se manteve insensível às novas exigências socioculturais. Foi nesse sentido que se passou a sustentar a necessidade de que a matéria se voltasse à tutela de direitos, exigindo uma efetiva proteção das necessidades materiais. Além disso, superados dogmas como a separação rígida entre poderes¹⁰⁴ e o sentido unívoco da lei¹⁰⁵, essa ideia de “tutela” assumiu ainda uma natureza dúplice: além de proteger interesses subjetivos, caberia à jurisdição tutelar o próprio ordenamento jurídico. A visão tem sido defendida por Marinoni,

¹⁰¹ Expondo o posicionamento de Allorio (1914-1994) relacionado á questão, ver, por todos,, ALLORIO, Enrico. *Problemas de Derecho Procesal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963.

¹⁰² Isso porque, como demonstram Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Gomes, “Allorio parte de uma premissa devida a Kelsen e aos demais normativistas, segundo a qual as funções do Estado não podem ser catalogadas e definidas por seus fins, e sim por suas formas.” SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio. Ob. cit.. p.61

¹⁰³ “A coisa julgada é uma qualidade que torna imutável o efeito declaratório da sentença. Entretanto, a coisa julgada somente incide em relação ao efeito declaratório de algumas sentenças. Além disso, a partir do momento em que se entende que a coisa julgada é uma qualidade que adere somente ao efeito declaratório da sentença, fica claro que, a coisa julgada não é capaz de imunizar os outros efeitos da sentença, os quais podem não se realizar em vista da atuação das partes ou de circunstâncias externas”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil – Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p.626.

¹⁰⁴ Observando essa questão, Ackerman afirma que “Montesquieu did not have the slightest inkling of political parties, democratic politics, modern constitutional designs, contemporary bureaucratic techniques, and the distinctive ambitions of the modern regulatory state. And yet we mindlessly follow him in supposing that all this complexity is best captured by a Trinitarian separation of power into the legislative, judicial and executive (...) almost three centuries later, it is past time to rethink Montesquieu’s holy trinity. Despite its canonical status, it is blinding us to the world-wise rise of new institutional form that cannot be neatly categorizes as legislative, judicial, or executive (...) a ‘new separation of powers’ is emerging in the twenty-first century (...) and so we must say a fond farewell to Montesquieu, and create a new foundation for comparative administrative law that is equal to the challenges of modern government”. ACKERMAN, Bruce. Good-bye, Montesquieu. In. ROSE-ACKERMAN, Susan. LINDSETH, Peter L. (coords.). *Comparative Administrative Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010. p.128-129.

¹⁰⁵ Nas palavras de Eros Grau, “a interpretação do direito é costumeiramente apresentada ou descrita como atividade de mera compreensão do significado das normas jurídicas (...) permanece a ideia fundamental de que interpretar é identificar ou determinar (= compreender) a significação de algo. No caso, compreender o significado da norma jurídica. Daí a afirmação de que somente seria necessário interpretarmos normas quando o sentido delas não fosse claro. Quando isso não ocorresse (...) seria desnecessária a interpretação. Essa concepção – que nele põe vigorosa ênfase e privilegia o pensamento do legislador – passou por um processo de transformação (...) praticamos sua interpretação não – ou não apenas – porque a linguagem jurídica seja ambígua e imprecisa, mas porque interpretação e aplicação do direito são uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (= interpretamos) os fatos (...) a interpretação do direito é constitutiva, e não meramente declaratória”. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.21-22.

Arenhart e Mitidiero, conferindo maior importância a temas como os precedentes judiciais ¹⁰⁶.

Expondo essa questão de forma didática, podemos notar que sua ascensão se deve ao reconhecimento (tardio nos países de *civil law* ¹⁰⁷) de que o direito positivo (isto é, o *texto legal*) seria incapaz de oferecer respostas prontas a qualquer situação fática ¹⁰⁸. Em verdade, o julgador exerceria um constante trabalho de interpretação, ocasionando o risco de que a porosidade dos preceitos conduziria a um sistema pouco racional e permeado de desigualdades. Nesse cenário, caberia à jurisdição estabelecer *entendimentos* a respeito de determinados casos e torná-los *vinculantes* ¹⁰⁹; a partir das circunstâncias fáticas, esclarecer o

¹⁰⁶ Afinal, situando a origem do problema, os autores percebem que “a mudança no conceito de interpretação, a força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição romano-canônica”. E, a partir disso, lembram que “nos países que não precisaram se iludir com o absurdo de que o juiz não poderia interpretar a lei naturalmente aceitou-se que a segurança e a previsibilidade teriam que ser buscadas em outro lugar. E que lugar foi esse? Ora, exatamente nos precedentes ou, mais precisamente, no *stare decisis*”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. p.144-145.

¹⁰⁷ Como pontuamos em outra ocasião, “ao longo das últimas décadas, mais do que reformas legislativas ou avanços procedimentais, o exercício jurisdicional brasileiro se viu obrigado a enfrentar um de seus maiores e mais prejudiciais dogmas: a noção de que o enunciado legislativo contém, em si, um sentido unívoco – dispensando um real trabalho de interpretação. Nessa guinada axiológica, redescobre-se o papel a ser assumido pelo Poder Judiciário, reequilibrando a geometria de sua relação com as demais esferas estatais. Em suma, surge um novo cenário, marcado por figuras também renovadas. De modo reflexo a essa mudança de horizontes, porém, também os desafios postos na mesa do jurista acabam sendo dilatados. Afinal, se antes competiria ao julgador (diante de um caso concreto) apenas desvelar o sentido da lei, hoje percebe-se que essa atividade sequer é teoricamente possível. A constatação, embora não seja inédita, desestabiliza parcela de nossas crenças ortodoxas e impõe o enfrentamento de novos problemas”. Assim, OSNA, Gustavo. “Interpretação conforme” e *constitutional avoidance*: aproximações iniciais. In. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. n.32. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. p.1139. Ainda sobre o tema, verificando o impacto a ser por ele trazido na atuação dos nossos Tribunais Superiores, ver, *passim*, MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

¹⁰⁸ Notando o impacto que essa conformação funcional traz à própria estrutura da jurisdição, Kornhausen afirma que “adjudication resolves disputes. Dispute resolution itself consists of at least four different tasks. First, courts must determine the facts of the dispute. Second, they apply the law to those facts. Third, the court may, in some instances, enforce its judgment against one of the parties. Finally, in some instances, the court may have to compel one or more of the parties to submit to the jurisdiction of the court. In some legal systems, the judicial function is limited to these four tasks; in others, courts also make law. In civil law theory, for example, courts simply apply the law announced by legislatures to resolve disputes. Legal theorists in common law countries, by contrast, resolve disputes through the application of law but also promulgate new legal rules; courts thus play a lawmaking function as well”. KORNHAUSEN, Lewis A. Judicial organization and administration. In. SANCHIRICO, Chris Willam (coord). *Procedural Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012. p.308 e ss.

¹⁰⁹ “O incremento do poder judicial exige, em nosso sistema, realce à autoridade dos precedentes judiciais das Cortes Supremas – do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional federal. (...) os precedentes constitucionais, vistos como os precedentes do STF, não podem deixar de ter força obrigatória perante os demais juízes e tribunais, pouco importante o local em que brotem (...) o mesmo se pode dizer em relação aos precedentes do STJ, cuja missão constitucional é definir a interpretação da lei federal. É completamente irracional o sistema que possui Cortes Supremas para definir o sentido da lei federal e da Constituição e, ainda assim, convive com decisões discrepantes dos tribunais ordinários”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. p.148.

conteúdo a ser atribuído à norma, tutelando com isso o próprio ordenamento jurídico ¹¹⁰.

Da mesma forma, tornou-se corriqueiro também imputar à jurisdição outras atividades que não se limitam à resolução de disputas bilaterais. É assim, por exemplo, que Dinamarco se aproxima de Calamandrei ¹¹¹ para defender que caberia ao processo atuar escopos sociais e políticos ¹¹². Também, que floresce o debate a respeito da intervenção jurisdicional em políticas públicas ¹¹³, ou que se sustenta (a la Fiss) uma atuação processual mediante provimentos estruturais ¹¹⁴.

Diante desse amálgama, qualquer dos componentes da “trilogia fundamental do processo” revela as mudanças que permearam o contexto da disciplina. Declaradamente ou não, nosso jurista vem fazendo com que tais elementos sirvam de válvula de escape para essa adaptabilidade. Seja ao indagar *o que* o processo é, *como* ele se desenvolve ou *a que* ele se presta, a variação de respostas é conjectural. Forma-se uma trilha, iniciada pelo reconhecimento de autonomia à matéria e aberta a possibilidades múltiplas e complexas.

2.2. Os discursos funcionais pós-sincretismo: entre os meios e os resultados

Nesse panorama, há ainda outro ângulo construído em nossa academia que serve como importante ferramenta para um diagnóstico global do processo civil. Trata-se da constante tentativa de dividir a sua cronologia em algumas “fases” teóricas ¹¹⁵, usualmente postas na seguinte ordem: (i) momento *sincretista*; (ii) momento *autonomista*; (iii) momento *instrumentalista*; e (iv) momento *cooperativo*. Na passagem entre esses períodos, as

¹¹⁰ “A atividade jurisdicional tem duas funções principais a desenvolver e cumprir, quais sejam: a primeira se refere ao dever de resolução de disputas jurídicas, porquanto sociedades complexas como a nossa precisam de uma instituição que seja capaz de resolver conclusivamente os litígios decorrentes da reivindicação dos direitos e de sua aplicações e esta instituição corresponde aos tribunais: a segunda função concerne com o objetivo de enriquecimento do estoque das normas jurídicas. A função dos juízes e, com mais razão, dos tribunais de vértice do sistema (...) é promover a definição das normas jurídicas e a estabilidade da ordem normativa para refer as condutas sociais”. PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos Precedentes: Universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p.52.

¹¹¹ Com efeito, o autor já sustentava em meados do século passado a importância da aproximação entre o processo e seu “escopo social”, alertando o jurista dos riscos ocasionados pelo “soberbo isolamento” entre direito processual e justiça. Veja-se, CALAMANDREI, Piero. Processo e Giustizia. In. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1950.

¹¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Ed. RT, 1987.

¹¹³ Sobre o tema, ver OSNA, Gustavo. Ob. cit. p.31-33. Também, ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In. MAZZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias (org). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 504.

¹¹⁴ Ver, por todos, FISS, Owen. The Forms of Justice. In. *Harvard Law Review*. n.93. New Haven: Harvard University Press, 1979. Também sobre o tema, Sobre o tema, ARENHART, Sergio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In. *Revista de Processo*. v. 225. São Paulo: Ed. RT, 2013. Também, VIOLIN, Jordão. *Protagonismo Judiciário e Processo Coletivo Estrutural*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

¹¹⁵ Adotando esse enfoque, de maneira célebre em nossa doutrina, veja-se, *passim*, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*.

modificações descritas acima são vistas a partir de uma nova perspectiva, iluminando o problema com outros focos.

Adotando esse viés, a lógica *sincretista* costuma ser indicada como uma primeira etapa da mentalidade processual. Esse período, anterior às próprias formulações de Bülow, possuía como marca a inexistência de autonomia por parte do processo. Entendendo-se a ação como o próprio direito material em movimento, compreendia-se também a engrenagem processual como inerente à relação material controvertida ¹¹⁶. Tratar-se-ia, no máximo, de sua *face litigiosa* (sem dispor de elementos diferenciadores).

Superado esse período primitivo, e refletindo a ascensão do pensamento liberal, o processo chegaria enfim a uma segunda fase. Esse novo momento, mais similar à imagem que hoje temos da disciplina, passou a ser concebido como a etapa *autonomista* de seu estudo. Fundada em teorias como a da “relação processual” e lastreada na cisão entre “ação processual” e pretensão, essa lógica levaria a uma conclusão elementar: o processo seria uma realidade *autônoma*. Em outros termos, tanto em sua aplicação quanto em seu estudo o tema não se confundiria com o direito material ¹¹⁷.

Para compreender a distinção entre esses dois momentos originais, tomemos um caso hipotético: suponhamos que “Y” e “X” celebram contrato de empréstimo, cabendo ao primeiro restituir no prazo de 30 (trintas) os valores recebidos. Nessa ocasião, imaginemos que a obrigação não é tempestivamente quitada, levando “X” a se valer das medidas cabíveis para obter o ressarcimento.

Colorindo essa situação a partir da lógica *sincretista* pré-liberal, seria possível sustentar que, ao buscar a heterocomposição, “X” estaria apenas colocando o seu direito

¹¹⁶ “Tinha-se, até então, a remansosa tranquilidade de uma visão *plana do ordenamento jurídico*, onde a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento); incluíam a ação no sistema de exercício dos direitos (*jus quod sibi debatur, judicio persequendi*) e o processo era tido como conjunto de formas para esse exercício, sob a condução pouco participativa do juiz. Era o campo mais aberto, como se sabe, à prevalência do princípio dispositivo e ao da plena disponibilidade das situações jurídico-processuais -, que são direitos descendentes jurídicos do liberalismo político então vigorante (*laissez faire, laissez passer et le monde va de lui même*). Foi esse *sincretismo* jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, que no século XIX principiou a ruir”. Idem. p.14-15.

¹¹⁷ “Primeiro, questionou-se o tradicional conceito civilista de ação e afirmou-se a sua grande diferença, seja no plano conceitual ou funcional, em face da *actio* romana: ela não é (como esta) instituto de direito material, mas processual; não se dirige ao adversário, mas ao juiz; não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional. A celeuma provocada por essas afirmações revolucionários (hoje, tão naturais aos olhos do jurista moderno) acabou gerando reações em cadeia, que chegaram até à plena consciência da *autonomia* não só da ação, mas dela e dos demais institutos processuais. A primeira dessas repercussões foi a tomada de consciência para a autonomia da relação jurídica processual, que se distingue de direito substancial pelos seus sujeitos, seus pressupostos, seu objeto. Com a descoberta da autonomia da ação e do processo, institutos que tradicionalmente ocupavam com exclusividade a primeira linha das investigações dos processualistas, pôde ser proposta desde logo a renovação dos estudos de direito processual, surgindo ele como ciência em si mesma, dotada de objeto próprio e então esboçada a definição de seu próprio método”. Idem. p.15-16.

creditício *em movimento*. De maneira intuitiva, as realidades processuais estariam inteiramente encobertas pelo manto material. Como consequência, não haveria que se falar em direito de “ação” ou em premissas especificamente relacionadas ao processo.

Invertendo essa lógica e transpondo o mesmo embate para o pano de fundo *autonomista*, constatamos que há uma profunda mudança na compreensão da disputa. A partir daqui, passou-se a perceber que, ao tornar a questão litigiosa, “X” exercitaria uma verdadeira ação *processual*. Do mesmo modo, notou-se que o vínculo processual entre as partes também possuiria *autonomia*, apresentando pressupostos próprios e representando um passo anterior ao exame do mérito. Foi assim que o processo se constituiu como realidade autônoma.

Não obstante, as considerações trazidas no capítulo anterior revelam que essa autonomia, por motivos ideológicos, acabou sendo por vezes compreendida como uma independência absoluta da disciplina em relação ao mundo concreto. É que, conferindo ao processo burocratização e abstração em exagero, estariam sendo nele incorporados de maneira fiel os valores liberais. Como consequência, a desestabilização desse pano de fundo também exigiu alterações na resolução de disputas. Das críticas ao *autonomismo* e à sua capacidade de legitimação surgiu uma terceira fase, tendo como principal característica a reaproximação entre o processo e a realidade material. A essa perspectiva se atribuiu a alcunha de *instrumentalismo*¹¹⁸.

Compreendendo esse momento, retornemos uma vez mais ao exemplo antes citado, relacionado ao contrato inadimplido entre “X” e “Y”. Naquela situação, viu-se que a perspectiva autonomista traria maior vigor à análise do processo e de seus institutos, concebendo-os como realidades próprias e dissociadas do direito material. Contudo, a partir das realocações existentes no espaço social, seria preciso aproximar as pontas e permitir que o processo trouxesse um verdadeiro impacto material. Foi precisamente aqui, diante dessa lacuna, que o argumento *instrumentalista* se formou e ascendeu.

O avanço dessa preocupação pode ser percebido pela mudança de conteúdo atribuído

¹¹⁸ Explicando esse avanço instrumental, ainda que a partir de bases causais diversas, afirma Dinamarco que “chegou o *terceiro momento metodológico* do direito processual, caracterizado pela consciência da *instrumentalidade* como importantíssimo pólo de irradiação de idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções (...) insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo. Nem se justifica, nesta quadra da ciência processual, pôr ao centro das investigações a polêmica em torno da natureza privada, concreta ou abstrata da ação (...) o que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados. Assoma, nesse contexto, o chamado aspecto ético do processo, a sua conotação deontológica. A negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina”. Idem. p. 19-21.

à ideia de “resolução de disputas”: se antes caberia ao processo unicamente emitir uma “declaração da vontade da lei”, a nova mentalidade passa a impor uma satisfação *específica e célere* da pretensão formulada. No caso hipotético descrito, não mais bastaria que se reconhecesse judicialmente a existência do direito creditício. Seria preciso assegurar a efetiva reparação pecuniária, adotando as medidas expropriatórias necessárias para esse fim. Mais que isso, seria dado ao magistrado, no curso do litígio, agir de forma proativa para atingir esse propósito.

Contudo, igualmente essa terceira fase acabou sendo problematizada. É que, diante de sua natureza claramente pautada pela eficiência, houve quem suscitasse que seus desdobramentos colocariam em risco garantias como o contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido, afirmou-se que a atribuição de poderes assimétricos ao Estado-juiz (em comparação com as partes da contenda) ensejaria uma perigosa disparidade, tida como incompatível com um processo permeado pelos valores constitucionais¹¹⁹; que esse modelo, por sua própria geometria, formaria um “*processo autoritário*”¹²⁰.

Propondo-se mais democrático, esse (possível) quarto momento daria um passo atrás, preocupando-se com a possibilidade de participação e de debate ínsita ao próprio processo¹²¹. Às conclusões extraídas dessa grande ideia, expressas por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, atribuiu-se inicialmente o nome de *formalismo-valorativo*¹²². Na sequência, o suporte também serviu à formulação daquilo que se costuma designar como *processo cooperativo*,

¹¹⁹ “O ativismo judicial mostra-se hoje fundamental, mas é preciso temperá-lo com atribuição de poderes também às partes, na perspectiva de mais estreita colaboração e diálogo entre os sujeitos processuais. Nem o juiz ditador, nem o juiz escravo das partes, e sim o exercício da cidadania dentro do processo: colaboração das partes com o juiz, este igualmente ativo na investigação da verdade e da justiça”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p.221.

¹²⁰ Nesse particular, veja-se que Cruz e Tucci procura destacar que a índole (negativamente) *autoritária* não seria uma consequência direta do empoderamento do julgador – dialogando, mais que isso, com a sua posição perante o autor e o réu do debate. Em suas palavras, na “moderna dogmática processual”, “a “ampliação dos poderes do juiz”, ou seja, a concepção de um juiz proativo, não implica, *tout court*, a instituição de um processo necessariamente autoritário. Com efeito, hoje, a dilatação dos poderes judiciais de direção e de instrução deve ser sempre equacionada com as garantias constitucionais do processo (“autoridade da lei”), a permitir que as partes possam participar – cooperando com o juiz, em constante contraditório – de todos os rumos que o procedimento venha a trilhar, por força de decisão judicial, incluindo-se, aí, por óbvio, toda a atividade relacionada à produção da prova (consulte-se, a guisa de exemplo, o art. 6.º do nosso novo CPC, com a seguinte redação: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”)”. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Contra o Processo Autoritário. In. *Revista de Processo*. v.242. São Paulo: Ed. RT, 2015. p.49 e ss.

¹²¹ “O formalismo processual cooperativo vai indelevelmente marcado pelo diálogo entre as pessoas do juízo. A necessidade de participação das partes no processo assinalada pelo direito fundamental ao contraditório, entendido como direito a influenciar a formação da decisão jurisdicional, outorga sustentação teórica a essa ideia. O processo, que é necessariamente um procedimento em contraditório adequado aos fins do Estado Constitucional, reclama para sua caracterização a estruturação de um formalismo que proponha um debate legal entre todas as pessoas que nele tomam parte. A propósito, também por essa senda, pode-se vislumbrar a justificação ética do direito processual civil”. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. p.149.

¹²² Assim, *passim*, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Ob. cit.

noção trazida genericamente no novo Código ¹²³ e que há tempos vem sendo defendida por autores como Mitidiero ¹²⁴ e Didier ¹²⁵.

Novamente compreendendo o processo como uma peça de uma engrenagem maior, vemos que essa questão não se encontra em posição isolada, dialogando com a constante defesa de um realinhamento da própria relação entre Administração e administrado ¹²⁶. Nessa batida, a verticalidade *estrita* (a ordem, o comando ou a imposição) deveria ceder espaço para uma construção mais horizontal (o diálogo, a participação ou a concertação), conferindo novo *status* ao jurisdicionado e novas linhas à ação estatal ¹²⁷; reclamando, enfim, uma Administração que não apenas *impõe*, mas que também *dialoga e compõe* ¹²⁸.

Partindo desse rearranjo, a possibilidade efetiva de participação passaria a representar um verdadeiro problema de *legitimidade* ¹²⁹, requerendo maior inclinação ao

¹²³ “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

¹²⁴ Em explicação da questão, afirma Daniel Mitidiero que “o processo cooperativo parte da ideia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana. Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar, assim, posições coordenadas (...) o juiz tem o seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa”. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. p.114

¹²⁵ “O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro. Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do *princípio do contraditório*, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do *duelo* das partes (...) a condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição *assimétrica* em relação às partes. Busca-se uma condução *cooperativa* do processo, sem destaques a algum dos sujeitos processuais”. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1. 12 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. p.77-78

¹²⁶ “Eis a figura do cidadão que manifesta sua vontade em fazer parte de procedimentos passíveis de culminar em decisões estatais que afetem direitos seus (...) é o cidadão consciente de seus direitos civis, políticos e sociais (porque bem informado), e que deseja tomar a palavra e expressar sua opinião nos assuntos relativos à condução das atividades públicas (...) enfim, é o cidadão participador, que assume posturas pró-ativas perante uma Administração pública que deve agir em proveito dos cidadãos e de toda a sociedade”. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *O Contrato de Gestão na Administração Pública Brasileira*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2005. p.133.

¹²⁷ Percebendo o realinhamento do “império” do “ato administrativo”, a partir da internalização dessa nova mentalidade no direito espanhol, ALFONSO, Luciano Parejo. Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español. In. A & C – *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. v.3. Belo Horizonte: Fórum, 2003.p.12-14.

¹²⁸ “Com efeito, os princípios e regras da Constituição da República atinentes ao Estado e à Administração pública não somente conferiram novo formato à organização administrativa, mas impingiram uma maior democratização do seu funcionamento, da sua gestão”. Idem. p.129.

¹²⁹ Investigando o tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca que “a participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (*eficiência*); propiciam mais freios contra o abuso (*legalidade*); garantem a atenção a todos os interesses (*justiça*); proporcionam decisão mais sábia e prudente (*legitimidade*); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (*civismo*); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente (*ordem*)”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.41. Ver, também, OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Ob. cit. p.139.

consenso e reequilibrando o liame entre cidadãos e aparato estatal ¹³⁰. O ponto, facilitado pelo combate filosófico ao solipsismo ¹³¹, exigiria do operador do Direito o desenvolvimento de novos mecanismos e de novas ideias. E nos parece ser essa a posição ocupada tanto pelo *formalismo-valorativo* quanto pelo *cooperativismo*, fazendo com que ambos caminhem, com maior ou menor intensidade, para um mesmo sentido: o da aproximação entre o magistrado e as partes do litígio, equacionando suas relações de poder.

É desse modo que, didaticamente, costuma-se descrever a evolução do nosso processo civil. Estaria aí insculpido o seu rol de “fases”, criando uma ferramenta com utilidade pedagógica inquestionável.

Entretanto, acreditamos que o problema pode ser mais bem resumido de outra forma. Em nossa visão, as alterações contextuais do processo têm oscilado essencialmente no eixo de um único pêndulo: ou privilegiam-se seus *meios*, ou *seus resultados materiais*. Em seu fundo, o debate acaba sendo o mesmo identificado por Carlos Ari Sundfeld como basal ao Direito Administrativo: há aqueles que almejam “domar o monstro” e aqueles que pretendem “fazê-lo funcionar” ¹³².

Essa compreensão é imprescindível, condicionando a leitura do tema e desvelando que há um mesmo contraponto na base de toda discussão. Como será visto ao longo da tese, a questão repercute em tópicos como a extensão das garantias processuais ¹³³ e revela um cabo

¹³⁰ Nessa guinada, afirma-se que “a partir das ideias de constitucionalismo e democracia, a igualdade assume importante papel ao determinar que todas as pessoas possuem a mesma dignidade moral e são iguais em suas capacidades mais elementares. Da mesma forma, todo indivíduo tem igual direito de intervir na resolução dos assuntos que afetam a sua comunidade; vale dizer, todos merecem participar do processo decisório em pé de igualdade (...) se preservam os direitos fundamentais que permitem a cada um levar sua vida conforme seus ideais preservando, ainda, uma estrutura de decisão democrática na qual a opinião de cada sujeito vale o mesmo que a do outro”. GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e Democracia – Uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p.66.

¹³¹ A questão é explicada por Celso Ludwig, estabelecendo que “o esgotamento do paradigma da consciência, e que levou ao giro linguístico (...) pode ser situado no contexto da chamada mudança paradigmática, conceito recepcionado pela filosofia para explicar sua própria história. O novo *paradigma da linguagem* se consolida na segunda metade do século XX. Embora o desdobramento desse venha a indicar, hoje a existência de uma *tipologia* que poderia ser mais complexa, e que poderia ser classificada da maneira seguinte: (1º) como *razão comunicativa* (Apel/Habermas); (2º) como *razão sistêmica* (a la Luhmann) e, por fim, (3º) como *razão hermenêutica* (Gadamer) (...) nos limites dessa demarcação, é importante frisar que esse giro da filosofia não significa a inclusão da linguagem na condição de mais um tema relevante para a reflexão filosófica. Trata-se de um giro da própria filosofia”. LUDWIG, Celso. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p.92-93.

¹³² Nas suas palavras, “há profissionais mais focados em fazer o monstro funcionar: estes veem o direito administrativo como o *direito do interesse público* (...) outros temem o monstro, querem domá-lo; pensam em *direito do controle sobre o poder*”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

¹³³ “Theories of procedural fairness and procedural rights fall into two broad categories: process-based and outcome-based. Process-based theories evaluate fairness by the way procedure treats litigants within the litigation process itself, independent of outcome quality. Outcome-based theories evaluate fairness by the quality

de guerra: ao se trazer à tona as ideias *cooperativas*, há nitidamente uma maior preocupação com a possibilidade de participação em juízo; contrariamente, a baliza *instrumentalista* deposita um claro peso sobre o resultado. Demais denominações ou conceitos não fogem dessa lógica, invariavelmente desequilibrando o diálogo para alguma das pontas. Ou se privilegia o espaço conferido às partes no processo, ou os efeitos concretos da atuação processual¹³⁴.

Entende-se assim o porquê de nossas reformas processuais nem sempre mostrarem congruência, possuindo diferentes nortes. É dessa forma, por exemplo, que, ao mesmo tempo em que o novo Código de Processo Civil prevê em seu art.10º o “contraditório pleno”, clama por celeridade processual. Isso, menos de uma década após a positivação dos já referidos arts.285-A e 543-C, em nada compatíveis com essa “plenitude de defesa”. Valorizam-se aspectos de essência e de orientação diversas, criando obstáculos para a disciplina. Sem que se perceba, procura-se impulsioná-la para lados opostos, não surpreendendo que ela se mantenha estagnada.

2.3. O desafio central: do processo dos livros ao processo da realidade

Dando continuidade a essa parte introdutória do estudo, há ainda outro aporte necessário para readequar nossas bases processuais. Trata-se da cisão, nem sempre percebida, entre o discurso *teórico* da disciplina e a sua *vivência* social. Embora durante um longo tempo nossa academia tenha se mantido desatenta a esse aspecto, o atual momento da matéria (repleto de complexidades e de escolhas) impõe a revisão desse comportamento. Só assim o processo dos *livros* e o processo da *realidade* podem caminhar em uma mesma passada.

De fato, analisando de forma breve nossa teoria processual, diagnosticamos que a preocupação atribuída à disciplina possui índole predominantemente técnica. É nesse sentido que se dedicam sucessivas páginas para o estudo da *ação* ou do direito de *defesa*. É também assim que, não raramente, o debate atrelado a aspectos puramente conceituais assume as luzes do palco, tomando para si o papel principal. Em tal percurso, alguns pontos fundamentais são por vezes deixados de lado. Afinal, há *possibilidade* real de que esse discurso seja materialmente benéfico? Há harmonia entre o argumento teórico e o contexto que o permeia?

of the outcomes a procedural system generates”. BONE, Robert G. *The Economics of Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2003. p.189.

¹³⁴ “The problem has to do with the fact that adjudication is primarily about producing good outcomes, not about giving people a chance to participate and the opportunity in their lives to exercise autonomous choice (...) Why is outcome quality itself not sufficient for legitimacy?”. BONE, Robert G. *The Economics of Civil Procedure*. p.193.

Como a discussão pode contribuir no plano material?

As provocações denotam que a atual autonomia do direito processual civil deve ser lida com tonalidades suaves. Isso porque, se em outra ocasião seria comum que questões dessa natureza fossem atribuídas à sociologia do direito ou à teoria do Estado, o seu presente estágio recomenda que o processo tome esse trabalho para si. Apenas dessa forma é possível evitar que suas estruturas se assemelhem a um projeto arquitetônico encantador no papel, mas impraticável e repleto de pontos-cegos.

Mergulhando nesse aspecto, percebemos que esse tipo de percepção já era exposta há tempos por Piero Calamandrei¹³⁵. De maneira inovadora, o teórico trouxe ponderações que ainda assolam a efetividade processual, como a proteção jurisdicional dos hipossuficientes¹³⁶. O debate segue atual, e sua adequada compreensão depende de um melhor estreitamento na relação entre teoria e realidade. Só assim se pode permitir o acesso, mas evitar que as válvulas voltadas ao seu aprimoramento sejam objeto de abusos e de distorções.

Esse diagnóstico também foi trazido em inúmeras oportunidades por Mauro Cappelletti, nadando contra a corrente mentalista que durante um longo tempo conduziu o mar do processo civil continental. Igualmente aqui, houve a constante tentativa de impedir que o *discurso* jurídico se afastasse das *necessidades materiais* e das *possibilidades concretas de atuação*. A premissa levou o autor a se enveredar criticamente por temas como o processo coletivo¹³⁷ e o próprio acesso à justiça¹³⁸. Em qualquer dos casos, uma mesma preocupação pareceu ter servido de tônica: os riscos de um processo civil ensimesmado, carente de efetividade.

Prosseguindo nessa linha, merecem ainda menção as recentes teorizações de Sérgio Chiarlioni e de Remo Caponi. Em ambas, dá-se um passo no sentido da aproximação entre

¹³⁵ Adotando esse tipo de investigação, ver, por todos, CALAMANDREI, Piero. *Procedure and Democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.

¹³⁶ “Even in the administration of justice there is a real danger that the poor man will find himself at the same disadvantage that is his lot wherever the democratic system protects only his political and civil liberties, which are the common possessions of all citizens. For the man who lacks the economic means necessary for making these liberties a reality, they are often nothing but an unfilled promise. “The law is the same for all” is a beautiful sentiment that warms the heart of the poor man when he sees it written on the wall of the courtroom, high over the heads of the judges, but when he discovers that to avail himself of his presumed equality he must spend more money than he can afford, the beautiful phrase becomes a sour jest, as if he had on the wall that by virtue of constitutional provision for freedom of the press (Art.21) all citizens are equally free to publish a newspaper of large circulation, or that by virtue of the provision granting freedom of education (Art.34) all citizens are equally free to send their children to a university”. Idem. p.89-90.

¹³⁷ Evidenciando a preocupação de Cappelletti (1927-2004) com a efetividade da tutela coletiva, ver, CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi* In. *Le azioni a tutela di interesse collettivi*. Padova: Cedam, 1976.

¹³⁸ Nesse sentido, CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1988.

discurso e realidade, buscando atribuir similitude a tais elementos. É assim que Chiarloni percebe o ambiente político que perpassa o Judiciário, questionando se o seu mau funcionamento não pode ser propositalmente favorável a alguns ¹³⁹. Também é dessa forma que Caponi problematiza a aplicação processual do princípio da proporcionalidade, inspirando-se nas *CPR* inglesas para lhe atribuir nova extensão ¹⁴⁰. Tanto em uma via quanto na outra se procura reaproximar *teoria e prática*, fazendo com que o discurso acadêmico possa trazer frutos benéficos à realidade social.

Deslocando essa preocupação para a realidade brasileira, notamos que também aqui há manifestações valiosas nas quais esse *approach* foi adotado. Como exemplo, vejamos a tentativa de Calmon de Passos de enquadrar contextualmente o processo, percebendo seu diálogo com aspectos como o arranjo democrático e o exercício de poder ¹⁴¹. Da mesma forma, vale citar as ideias de Ovídio Baptista da Silva ¹⁴², gerando um fluxo argumentativo que tem se tornado crescente e que vem inspirando autores como Mancuso ¹⁴³ e Arenhart ¹⁴⁴.

De todo modo, em que pese a importância de tais contribuições, consideramos que a aproximação entre os *livros* e a *realidade* continua sendo o desafio mais marcante de nossa disciplina processual. Mais que isso, acreditamos que essa leitura deve condicionar *todo* o estudo relacionado à matéria, tratando-se de condição imprescindível para atingir sua efetividade; de um ponto de observação *sine qua non* para que se pense a resolução de disputas a partir de parâmetros mais adequados, sem perder de vista o mundo real.

Dessa forma, ao se cogitar qualquer reforma legislativa, as primeiras indagações não deveriam advir do debate meramente doutrinário, mas das necessidades inerentes à vivência do processo. Uma adaptação nas possibilidades de antecipação de tutela atenderia às demandas concretas da matéria? A inclinação a um maior gerenciamento processual seria ou não necessária? No espaço social, há um anseio por maiores possibilidades de participação em juízo?

Questionamentos dessa natureza reforçam que só é possível combater a “crise” do

¹³⁹ Dessa forma, CHIARLONI, Sergio. *Introduzione allo studio del diritto processuale*. Turim: G. Giappichelli, 1975. p. 20 e ss.

¹⁴⁰ Assim, por todos, CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil. In. *Revista de Processo*. n.192. Trad. Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: Ed. RT, 2011. p.399-415.

¹⁴¹ A questão é problematizada por Calmon de Passos (1920-2008) em PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

¹⁴² Por todos, SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹⁴³ Dessa forma, ver MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

¹⁴⁴ Adotando explicitamente esse enfoque, ver, por todos, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva dos interesses individuais*.

processo após observar suas nuances. E esse diagnóstico pressupõe uma vinculação mais ampla entre o *estudo* da disciplina e a sua *atuação*.

É partindo dessa premissa que se justifica conferir maior atenção a aspectos como a *gestão* de nosso Poder Judiciário, aperfeiçoando sua performance institucional ¹⁴⁵. De forma geral, esse dado ainda não recebeu atenção detalhada em nosso processo civil, fazendo com que a série de desdobramentos que lhe são inerentes siga despercebida. Torna-se comum a adoção de medidas despreocupadas com a totalidade do problema, atacando um item pontual sem ter em vista sua perspectiva macro. Nesse cenário, o máximo que se pode obter são respostas paliativas, sem melhorias concretas e reformulações definitivas.

Da mesma maneira, a necessidade de aproximação entre *processo dos livros* e *processo da realidade* também recomenda que qualquer reforma da matéria dedique maior peso à análise do mundo concreto - fugindo de uma roupagem limitadamente racionalista e refutando a falsa antípoda entre objetividade e subjetividade. Essa crítica à possibilidade de separação plena, tradicional no campo da epistemologia, parece decisiva ¹⁴⁶. Não obstante,

¹⁴⁵ “Os esforços de reforma de modelo de gestão nas organizações do Poder Judiciário, a par de buscar referências nessas novas ideias, estarão centrados, naturalmente, nas especificidades do setor. Não custa repetir, sempre que couber, que um ponto de vital importância para iluminar quaisquer iniciativas de reforma de gestão no Judiciário é sua efetiva independência. Mais além, que valores se quer proteger? Que valores se quer mudar? Um ambiente de estabilidade e segurança judiciária constitui-se em requisito crítico aos esforços voltados para o desenvolvimento econômico e social no país, seja no que concerne às ações empreendidas pela iniciativa privada, seja em relação à capacidade de governar (...) o repensar de estruturas e processo de gestão para o Judiciário, em linha com o movimento mais amplo de reformar no setor público, implica identificar e adaptar novos conceitos, ideias e práticas à natureza e peculiaridades do papel da justiça nas relações sociais”. CUNHA, Armando. Os desafios ao Estado, à governança e à gestão pública: explorando ideias para subsidiar os esforços de reforma da gestão nas organizações do Poder Judiciário. In. CUNHA, José Ricardo (org.). *Poder Judiciário: Novos Olhares sobre Gestão e Jurisdição*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010. p.146.

¹⁴⁶ Como exemplo, é possível estabelecer, a partir do pensamento de Durkheim, que “no momento em que uma nova ordem de fenômenos torna-se objeto da ciência, eles já se acham representados no espírito, não apenas por imagens sensíveis, mas por espécies de conceitos grosseiramente formados (...) o homem não pode viver em meio às coisas sem formar a respeito delas idéias, de acordo com as quais regula sua conduta. Acontece que, como essas noções estão mais próximas de nós e mais ao nosso alcance do que as realidades a que correspondem, tendemos naturalmente a substituir estas últimas por elas e a fazer delas a matéria mesma de nossas especulações. Em vez de observar as coisas, de descrevê-las, de compará-las, contentamo-nos então em tomar consciência de nossas idéias, em analisá-las, em combiná-las. Em vez de uma ciência de realidades, não fazemos mais do que uma análise ideológica (...) esta vai das idéias às coisas, não das coisas às idéias. É claro que esse método não poderia dar resultados objetivos”. Esmiuchando a questão, vê-se que, no entendimento do autor, os “fatos sociais” seriam o objeto da sociologia, não havendo viabilidade em substituí-los por conceitos e impondo a relativização dessas ferramentas. Em outros termos, o estudo teria que constantemente residir nos fatos (exteriorizados), e não nas ideias e nas pré-compreensões a eles relacionadas. Do mesmo modo, essa desconstituição do valor absoluto dos conceitos e a problemática conciliação entre objetividade e subjetividade também estão presentes no pensamento de Weber. É assim que o teórico propõe a constante busca por neutralidade axiológica, devendo o cientista (naquilo que é possível) tencionar seus próprios valores. E seria também nesse particular que assumiria importância renovada a técnica de “tipos ideais”. Diante da intangibilidade de uma objetividade rigorosa, seriam essas generalizações – crivadas pela subjetividade, mas forjadas do real – os dados capazes de reduzir a fluidez e a infinidade do cotidiano. Em síntese, seria preciso atingir o elemento objetivo para, a partir dele, evitar o falseamento cognitivo tributado à supervalorização conceitual. Nesse ponto, cita-se DURKHEIM, Émile. Ob. cit. p.15-16. BECKER, Howard S. *Segredos e Truques da Pesquisa*. Trad. Maria Luisa X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p.145 e ss. SERBENA,

embora seu impacto já tenha sido trazido à dogmática jurídica por autores como Orlando Gomes¹⁴⁷ ou Ovídio Baptista da Silva¹⁴⁸, o processo brasileiro ainda patina também nessa questão. Deixa-se, com isso, de absorver sua complexidade.

2.4. O objeto do processo e o seu estudo: “teoria geral”?

As reflexões acima nos levam ainda a outros questionamentos, colocando contra a parede alguns dogmas de nossa academia. Com eles, encerramos o presente capítulo. Afinal, é possível falar em uma “teoria geral do processo”? Qual a viabilidade desse discurso, recorrente na doutrina brasileira?

Recuando um passo, as questões se colocam pelo fato de a tentativa de apresentar aspectos ligados ao “processo” de maneira uniforme ser corriqueira, atingindo tanto sua aplicação na esfera cível quanto o seu uso nos campos administrativo ou penal. Nessa guia, considera-se que institutos fundamentais como a *ação* e a *defesa* poderiam se submeter a um discurso *unitário*, encarando o *processo* como uma categoria genérica na composição do campo jurídico¹⁴⁹; que seria possível ler o *processo*, dentro de determinado ordenamento, de

César Antonio. Objetividade e subjetividade nas ciências jurídicas e sociais: Durkheim e Weber. In. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*. v.38. Uberlândia: UFU, 2010. WEBER, Max. A “objetividade” do conhecimento nas ciências sociais. In. COHN, Gabriel (org.). *Max Weber*. 3 ed. São Paulo: Editora Ática, 1989. p.125-126.

¹⁴⁷ Sobre o problema da doutrina brasileira para manejo de conceitos, não raro transformando-os em dogmas e incorrendo em atrasos, já anotou Orlando Gomes há mais de meio século que “os juristas-sociólogos não apanharam a realidade jurídica nova, na opulência de suas sugestões, para construir sobre esse terreno acrescido o bloco granítico, de linhas funcionais que, a um tempo, revele o sentido da nova ordem jurídica e o senso artístico de sua construção (...) os esforços que têm sido empregados, tanto para a sistematização como para a construção, não revelam rendimento apreciável (...) a reconstrução sistemática do Direito se apresenta, desse modo, como o mais instante cometimento que clama e reclama pela dedicação dos juristas que não traem, dos teóricos que não empregam a inteligência e o saber para deformar a realidade social no propósito de arrefecer o calor de suas sugestões”. Cita-se, GOMES, Orlando. *A Crise do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 234-255. Republicado em *Revista Direito GV*. n.1.v.1. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005. p.121-134..

¹⁴⁸ Ainda que o autor ofereça uma construção histórica relacionada ao “conceitualismo jurídico”, não coincidindo por completo com a noção instrumental de “conceitualismo” que é aqui adotada, são válidas suas ressalvas ao afirmar que “o conceitualismo jurídico, como temos visto, tornou-se o princípio dominante a partir do século XVII. A idéia de que o Direito não depende da experiência encontrava-se já firmemente assentada (...). O Direito seria puro conceito. Este é ainda hoje o direito que se ensina em nossas universidades. Um direito que não consegue ir ao fórum, porque a metodologia jurídica separou-se do “fato”, conservando-o fiel ao pensamento do século XVIII, depois congelado pelos filósofos e juristas posteriores”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista*. p.84.

¹⁴⁹ Explicando a questão, afirma Ada Pellegrini Grinover que “os estudos de processo constitucional criaram clima metodológico para o desenvolvimento de uma teoria geral do processo, pois é na Constituição, antes de mais nada, que se encontra a plataforma c o m u m às diversas disciplinas processuais. Já tivéramos, no Brasil, um João Mendes Jr. e um José Frederico Marques, como precursores da visão dos grandes princípios comuns ao processo civil e ao penal. O renovado interesse pelo direito processual constitucional, como método definidor dos grandes conceitos e estruturas do sistema, levou, na mesma linha, ao retorno do interesse pela teoria geral do processo, na qual se reúnem princípios gerais comuns aos vários ramos do direito processual, em uma visão crítica e unitária, capaz de introduzir ao conhecimento das distintas disciplinas processuais”. Na mesma linha, Dinamarco estabelece que a “teoria geral do processo é, nessa perspectiva, um sistema de conceitos e princípios

forma *transsetorial* ¹⁵⁰.

Mais uma vez aqui, porém, acreditamos que há necessidade de maior cautela, trazendo para a mesa novas inquietações. Processo civil e processo penal são funções de Estado coincidentes? Seus objetos e seus papéis são análogos? Em caso positivo, por que cada um assume aparências diversas?

Procurando nos avizinhar do debate, lembramos que a resolução de disputas integra o núcleo do direito processual civil. Em síntese, ainda que os conflitos no espaço social sejam constantes e inevitáveis, a sanha centralizadora do pensamento liberal fez com que o Estado procurasse trazer o seu acerto apenas para si. A partir disso se instituiu um mecanismo *oficial* de pacificação, provido de autoridade e orientado à legitimação.

Ocorre que, em que pese sua essência conjectural, há algo que se mantém inalterado na construção histórica da disciplina: a presença da resolução de conflitos em seu objeto. A adaptação profunda ocorrida no último século quanto à *extensão* e aos *parâmetros* dessa finalidade não ilide a sua presença, fazendo com que o foco temático siga o mesmo: a pacificação de um conflito de interesses protegido pelo Direito. O seu desenrolar possui como pedra de toque a *disputa*, em uma relação umbilical.

Firmada essa premissa, o desenvolvimento do presente tópico exige que desviemos brevemente os olhares e dediquemos alguma tinta ao processo *penal*. Somente dessa forma se torna possível verificar o grau de similitude entre os dois campos, embasando a sua chamada “teoria geral”.

Nesse resgate, podemos estabelecer que, assim como ocorre no âmbito civil, o processo penal se desenvolve como uma atividade pública pautada por uma necessidade social. Mais que isso, também aqui a lógica contextual dá as cartas do jogo, impedindo a existência de discursos absolutos e evidenciando a natureza discursiva da matéria ¹⁵¹. Entretanto, se até esse ponto, a semelhança é clara, é necessário testá-la a partir de alguns parâmetros centrais: a exigência *fática* que embasa as duas disciplinas é a mesma? Como

elevados ao grau máximo da generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual. Ela transcende a dogmática processual, não lhe sendo própria a indagação ou formulação de regras, ou normas de direito positivo. Por isso mesmo, tende à universalização, superadas as limitações espaço-temporais do direito positivo”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do Direito Processual Civil Brasileiro. In. *Revista da Faculdade de Direito*. n.88. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1993. p.281. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. p.75-76.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo*. p.23.

¹⁵¹ Afinal, como percebido por Calmon de Passos, “não há um Direito ideal, modelo, arquétipo, em cuja realização estamos empenhados. Há um sistema jurídica dentro do qual atuamos e em sintonia com o qual atuamos. Todo o direito é socialmente construído, historicamente formulado, atende ao contingente e conjuntural do tempo e do espaço em que o poder político atua e à correlação de forças efetivamente contrapostas na sociedade em que ele, poder, se institucionalizou”. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Ob. cit. p.52

isso influencia o desenvolvimento de cada uma?

Iniciando esse diagnóstico, ressaltamos que os toques de centralização e de exclusividade que condicionaram a construção do processo civil também influenciaram a lógica penal. Em ambos os casos, por se tratar de campos em que há exercício de autoridade, o pensamento liberal levou à concentração de forças nas mãos do Estado e à exclusão de instâncias paralelas. Sob o manto monista, tanto o processo *civil* quanto o processo *penal* foram inseridos na esfera pública, assumindo seus respectivos desígnios na engrenagem que sustenta o aparato estatal ¹⁵².

Não obstante, ao investigar a doutrina relacionada ao tema constata-se que a possibilidade de aproximação funcional entre as duas peças é problemática. Isso porque, se o processo *civil* se prestaria essencialmente à resolução de disputas, no campo penal a *realidade* a ensejar a atuação do jurista seria diversa. Ali, a origem e o desenrolar da matéria possuiriam como fundo a *punição* de determinado indivíduo ¹⁵³. Em termos sistemáticos: de um lado se colocaria um atrito entre “A” e “B”, verificando-se seus anseios contrapostos; de outro, entraria em pauta a possibilidade de que “B” fosse punido por determinada conduta a si imputada. A diferença é visível, possuindo efeitos práticos que devem ser notados.

Para compreender esse ponto, vale aplicá-lo no campo exemplificativo. Nesse sentido, imaginemos duas situações hipotéticas. Na primeira, a sociedade limitada “A” mantém contrato de *franchising* com “J”, existindo discordância quanto à suficiência de determinado montante repassado pelo franqueado. Na segunda, “R” pratica crime de roubo contra determinado supermercado, valendo-se de violência para retirar a importância existente em seu caixa registrador. Em ambos os casos, há um evento *social* que recomenda a atuação do

¹⁵² Conforme Jorge de Figueiredo Dias, “o direito penal <total> cumpre uma função específica de *protecção* dos bens fundamentais de uma comunidade, que diretamente se prendem com a livre realização da personalidade ética do homem e cuja violação constitui o crime. Como quer que se concebam os poderes do Estado e a articulação destes com a preservação da esfera de liberdade pessoal dos cidadãos, e por melhor que se cumpram os esforços de uma política social preventiva e profiláctica, é seguro não poder o Estado demitir-se do seu dever de perseguir e punir o crime e o criminoso, ou sequer negligenciá-lo, sob pena de minar os fundamentos em que assenta sua legitimidade. Daquela função de protecção da ordem social (de protecção da vida comunitária do homem) advém por conseguinte ao Estado o *dever de administração e realização da justiça penal*. Este dever é (...) a outra face do *princípio da exclusão da autodefesa* ou *princípio do monopólio estadual da função jurisdicional*, que constitui uma exigência irrenunciável das sociedades modernas, fundado como é por valores tão essenciais como os da realização da justiça, da unidade do Estado e da paz jurídica e social”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p.24-25.

¹⁵³ Nas palavras de Aury Lopes Jr., “a evolução do processo penal está intimamente relacionada com a evolução da pena, que por sua vez é reflexo da estrutura do Estado (e de sua Constituição) em um determinado período. O processo surge com o terceiro estágio de desenvolvimento da pena, agora como ‘pena estatal’, que vem marcada por uma limitação jurídica do poder de perseguir e punir. A pena somente pode ser imposta mediante o processo judicial e pelo Estado”, razão pela qual “fica estabelecido o caráter instrumental do processo penal com relação ao Direito Penal e à pena, pois o *processo é o caminho necessário para a pena*”. LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4 ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.5-6.

direito, de modo a garantir a legitimidade do Estado e a harmonia das relações. Entretanto, colocados lado a lado, percebe-se que há entre eles diferenças elementares - impactando a forma como o campo jurídico lida com cada um.

Em relação ao primeiro exemplo, o nosso atual ordenamento faz com que o imbróglio entre “A” e “J” somente chegue à apreciação jurisdicional pelo impulso de um dos envolvidos ¹⁵⁴. A partir disso, passar-se-ia à apresentação de defesa e à instrução probatória, tudo com um único sentido: o de afirmação, pelos litigantes, dos seus próprios *interesses*. Esse embate de expectativas daria o cerne da decisão, cabendo ao julgador optar por uma delas. Do mesmo modo, caso um dos sujeitos alterasse sua vontade, seria possível adotar atos processuais de disposição (como o reconhecimento do pedido ou a desistência da ação). Por fim, nada impediria que as partes chegassem a um denominador comum, compondo o litígio por sua própria conta e obstando a atuação do poder estatal.

Já no que se refere à segunda situação, os parâmetros procedimentais seriam bastante diversos. Aqui, a estrutura brasileira faz com que a participação do supermercado seja pouco relevante. Compreende-se que a investigação e a punição do crime possuiriam importância para toda a comunidade, deslocando tais atividades para a esfera *oficial* ¹⁵⁵. Por esse motivo, competiria ao Ministério Público ingressar em juízo com a demanda penal, ensejando uma diferença basilar: o *Parquet* não estará necessariamente interessado na condenação. Sua vocação funcional não é essa, e sim a defesa do interesse público – devendo ser esse o norte da sua atuação em juízo.

Esse ambiente faz com que a diferença de conteúdo assuma contornos mais claros:

¹⁵⁴ E, nesse sentido, pode-se dizer que o instauração do litígio depende essencialmente da atuação de um interesse específico de uma das partes. Nas palavras de Arenhart, “a jurisdição é função inerte do Estado, que não age senão após ser provocada. Exige-se, pois, a iniciativa de alguém para a atuação jurisdicional, sendo esta determinante para o Estado, na medida em que este somente agirá segundo aquilo que for delimitado pelo interessado. Essa idéia é corrente no direito nacional, havendo mesmo quem a entenda como fundamento basilar da atuação jurisdicional. Embora pareça exagerado dar a esta característica o papel de essência da jurisdição, é ponto incontroverso que este caráter inercial domina completamente os sistemas processuais modernos”. ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim (Org.). *Processo e constituição*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 587.

¹⁵⁵ Não é por outro motivo que vigora no processo penal o chamado *princípio da oficialidade*, cujo teor, conforme Nucci, “expressa ser a persecução penal uma função primordial e obrigatória do Estado. As tarefas de investigar, processar e punir o agente do crime cabem aos órgãos constituídos do Estado, através da polícia judiciária, do Ministério Público e do Poder Judiciário. A Constituição Federal assenta as funções de cada uma das instituições encarregadas de verificar a infração penal, possibilitando a aplicação da sanção cabível. À polícia judiciária cumpre investigar (art. 144, § 1.º, I, II, IV, e § 4.º); ao Ministério Público cabe ingressar com a ação penal e provocar a atuação da polícia, requisitando diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, fiscalizando-a (art. 129, I e VIII); ao Poder Judiciário cumpre a tarefa de aplicar o direito ao caso concreto (art. 92 e ss.). Não há possibilidade de se entregar ao particular a tarefa de exercer qualquer tipo de atividade no campo penal punitivo. Tanto é realidade que o ofendido pode ajuizar ação penal privada, substituindo o Estado, mas, havendo condenação definitiva, não lhe cabe promover a execução do julgado (quando se faz valer a punição). É tarefa do Ministério Público”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 4 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008. p.95.

enquanto o processo civil se prestaria à resolução de *conflitos*, o processo penal teria como fim a *apuração de um caso* ¹⁵⁶. A distinção é objetiva, trazendo novos parâmetros e avaliações. Nesses termos, entende-se o porquê de o Ministério Público poder pleitear a *absolvição*, mas sem por isso vincular o magistrado ¹⁵⁷ ou desistir da ação ¹⁵⁸. Da mesma forma, compreende-se por qual motivo a eventual *revelia* não atua na esfera penal de maneira justaposta àquela vista no campo civil ¹⁵⁹. Inexistindo uma verdadeira disputa, confere-se outra gramática ao processo e outro sentido à sua estrutura.

É sabido que essa postura não é unânime, e que os seus efeitos são mais profundos do que os parágrafos acima podem comportar. Entretanto, mesmo com essas considerações gerais notamos que a defesa de uma “teoria geral do processo” está inserida em um palco *tormentoso e questionável* - cabendo ao teórico ter cautela com discursos *generalistas* ou *universais* e conferir cores mais sutis à sua análise.

É nesse sentido que, em nosso entendimento, justifica-se cada vez mais uma observação conjectural do processo e das suas possibilidades, refutando qualquer espécie de

¹⁵⁶ A diferença funcional existente entre as duas funções estatais, aliás, já é percebida pelo próprio Carnelutti, que analisando o tema assim pontua: “la cognizione è necessaria per porre in atto sia la sanzione restitutiva sia la sanzione penale: come si farebbe a togliere a qualcuno una cosa per darla a un altro e a mettere quel qualcuno in prigione senza la certezza che l’ha rubata? Ma vi è tra i due casi una differenza fondamentale. Che la cosa debba essere restituita è un problema che implica un conflitto di interessi tra due parti, il preteso ladro e il preteso derubato: se viene restituita ne gode il secondo e ne soffre il primo; se non viene restituita, gode questo e soffre quello. Che il preteso ladro sia messo o no in prigione, invece, non determina affatto un conflitto analogo; in apparenza sì, ma tale apparenza è una superstizione. Conviene avvertire subito che è una superstizione (...) il vero è da una parte che l’interesse delle società è soltanto alla punizione se costui è colpevole, non già se è innocente; al contrario, la punizione di un innocente sarebbe a sua volta un disordine, che lede gli interessi della società; vi è perciò una differenza essenziale tra l’interesse della società alla punizione del preteso ladro e l’interesse del preteso derubato alla restituzione della cosa”. Por seu turno, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho problematiza a questão, afirmando que “o certo, em síntese, é que o conflito de interesses eventualmente existente não é suficiente para agasalhar o conteúdo do processo penal em todas as suas formas e fases” e, disso, concluindo que “a lide, em qualquer de suas formas, é inaceitável no processo penal, isto é, para referir o conteúdo do processo penal, não serve a lide do processo civil e nem a lide penal (...) o conteúdo do processo pode ser apresentado pela expressão caso penal”. Assim, CARNELUTTI, Francesco. Ob. cit. p.47-48. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989. p.134-149.

¹⁵⁷ “CPP. Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”.

¹⁵⁸ “CPP. Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal”.

¹⁵⁹ Conforme Aury Lopes Jr., “atualmente, não há que se falar em “revelia” no processo penal (ou pelo menos não no sentido próprio do termo, o que significa dizer que a utilização seria sempre imprópria e inadequada), pois a inatividade do réu não conduz a nenhum tipo de sanção processual (...) não existe censura ou verdadeiro prejuízo jurídico em relação à conduta do réu que não comparece ao interrogatório ou não permite que se lhe extraia material genético para realização de perícia. Não existe, no processo penal, revelia em sentido próprio. A inatividade processual (incluindo a omissão e a ausência) não encontra qualquer tipo de reprovação jurídica (...) a presença da defesa técnica, ainda que o acusado esteja ausente (ou seja, citado não comparece nem constitui defensor), é uma imposição inarredável, fruto da opção constitucional por um procedimento em contraditório, que impede a produção dos efeitos da revelia”. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. 2. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.36-37..

resposta pronta. Inicialmente, esse tipo de raciocínio desmonta a ideia de que uma “teoria geral do processo” existiria de forma remansosa. E, na sequência, também demonstra o risco de se falar em termos genéricos no próprio “processo civil”. Como posto por Marinoni, Arenhart e Mitidiero, a sua aplicação em diferentes esferas recomenda um constante olhar de atenção à realidade material, identificando as suas similitudes concretas ¹⁶⁰.

Exemplificando o que se expõe, nosso atual mecanismo resolutivo é aplicado de maneira análoga tanto a litígios de índole empresarial quanto a conflitos de ordem ambiental. E, nos dois casos, acreditamos que a dimensão de dirigismo adotada pelo julgador não pode ser a mesma ¹⁶¹. A complexidade do mundo dos fatos desafia a crença em um processo civil *a priori*, recomendando que se confira espaço para que a disciplina se amolde às circunstâncias do caso que deve tutelar.

Do mesmo modo, o enfoque aqui proposto cria zonas cinzentas nas quais o próprio conteúdo do litígio é posto à prova. As ações de improbidade administrativa, por exemplo, assumem um novo contorno, tornando questionável se o seu fundo efetivamente passa por um *conflito de interesses* ¹⁶². Por outro turno, entende-se o porquê de o processo do trabalho

¹⁶⁰ “Embora a tradição possa legitimar o uso em determinados contextos da expressão teoria geral do processo para uma melhor comunicação com a comunidade acadêmica, é certo que existem *diferenças funcionais* entre o processo civil e o processo penal – isso para não falarmos nas diferenças entre os processos jurisdicionais e não jurisdicionais – que desautorizam sua teorização conjunta. E como essas diferenças funcionais acabam ecoando nas *grandes linhas* do processo civil, na *formulação dos seus conceitos* e na *estruturação do processo* como um todo, o ideal é que o processo civil seja teorizado autonomamente”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. p.23-24.

¹⁶¹ Percebendo esse tipo de abordagem, de modo a destacar a maleabilidade que o papel do julgador pode apresentar para se adequar ao interesse que dá fundo ao embate, veja-se, por exemplo, a construção trazida por Chayes (1922-2000) em CHAYES, Abram. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*. In. *Harvard Law Review*. n.89. Cambridge: Harvard University Press, 1976. Da mesma forma, sustentando uma leitura mais flexível do princípio da demanda, Arenhart defende que a sujeição do julgador a essa amarra deveria ser vista sem que a própria condição das partes fosse retirada da alça de mira. Nesse sentido, afirma-se que “não há dúvida que, no geral, autorizar o magistrado a agir de ofício põe em risco a garantia de sua imparcialidade. Justifica-se, assim, plenamente, a manutenção do princípio da demanda, mas apenas como princípio (que há, então, de admitir exceções). De fato, o papel “paternalístico”, a que aludia Liebman, a ser exercido pelo juiz deve ser, de regra, visto com ampla reserva. Em casos excepcionais, todavia, parece ter ele cabimento, especialmente tendo em conta a realidade do Estado brasileiro, a pobreza (especialmente cultural) reinante, e a deficiente assistência jurídica por ele ofertada aos necessitados (embora prometida categoricamente – art. 5º, inc. LXXIV, da CF)”. ARENHART, Sérgio Cruz. *Reflexões sobre o princípio da demanda*. p.587 e ss.

¹⁶² Veja-se, aliás, que a *natureza* da ação de improbidade administrativa já há tempos é objeto de discórdia, havendo quem proponha sua observação como modalidade de processo penal e, com isso, defenda sua sujeição a regras como a que fixa prerrogativa de foro por função. A questão, inclusive, foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, que ao apreciar a ADI nº 2.797 (tendo por objeto dispositivo da Lei nº 10.628/2002) estabeleceu que pretendia “a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies” – afastando essa tese.

possuir características próprias, insculpindo a axiologia que lhe é peculiar ¹⁶³. Em resumo, o estudo do processo recua em suas pretensões, evitando discursos absolutos e procurando aproximar o arranjo *teórico* das exigências *reais*.

¹⁶³ Nessa medida, embora partindo da ideia de “teoria geral do processo” (e, assim, discordando em alguma escala da atual apresentação), Carlos Henrique Bezerra Leite afirma que “a teoria geral do direito processual tem por objeto a investigação ampla dos grandes princípios, dos grandes institutos, das grandes estruturas, das grandes garantias, dos grandes conceitos, dos grandes esquemas lógicos e universais comuns a todos os ramos do direito processual. Já a teoria geral do direito processual do trabalho tem objeto mais delimitado, porquanto investiga setores específicos do processo do trabalho, as suas estruturas peculiares, os conceitos próprios e os valores especiais almejados pelo direito material do trabalho. Sua finalidade primordial reside, portanto, na realização dos escopos social, político e jurídico do processo sob a perspectiva do direito material do trabalho, bem como, por força da EC n. 45/2004, no que couber, de outros ramos do direito material, como o direito civil, o direito administrativo, o direito penal”. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8 ed. São Paulo: Ed. LTr, 2010. p.46.

**II PARTE - ENQUADRANDO A QUESTÃO:
O CETICISMO MODERADO E O PROCESSO CIVIL**

3. “Ceticismo moderado” e processo civil: aproximações iniciais

Na parte anterior do estudo, foi realizado um diagnóstico geral do processo civil brasileiro. Em outros termos, foi exposto o seu “estado de arte”, apurando-se as principais alterações valorativas identificadas tanto em seu tratamento normativo quanto em sua teoria. A partir disso, alertamos o leitor para aquele que nos parece ser o principal risco contemporâneo da disciplina: o seu afastamento da realidade, tornando-se um projeto puramente idealista.

Com essas premissas estabelecidas, inicia-se o segundo momento do trabalho. Aqui, nosso foco é apresentar uma *postura comportamental* capaz de problematizar as instituições tradicionais do direito processual civil; de levar à desconstrução de seus dogmas, caminhando na contramão de um arranjo puramente teórico; enfim, de facilitar a recomposição da matéria, trazendo um juízo mais crítico para o seu interior. Trata-se daquilo que chamamos de “*ceticismo moderado*”.

Introduzindo essa forma de ler o processo, o presente capítulo é dividido em quatro tópicos. No primeiro, procuramos nos aproximar conceitualmente dessa leitura *moderadamente cética*, delimitando o seu conteúdo e evitando possíveis ambiguidades. No segundo, colocamos essa perspectiva ao lado de dois métodos mais corriqueiros em nosso pensamento jurídico, identificando suas aproximações. Enfim, nos dois últimos, trazemos um aspecto que nos parece central para fundamentar essa análise *cética*, reforçando o seu substrato: o fato de o processo civil ser culturalmente forjado (conformando-se de modo a garantir sua legitimação).

A partir desse arranjo, esperamos elaborar um ferramental oportuno para permitir uma apreciação mais crítica da matéria. Em síntese, desejamos viabilizar a desconstrução de seus institutos, abrindo espaço para observações mais rentes às necessidades reais.

3.1. O que o ceticismo moderado é (e o que ele não é)

Dessa forma, o presente tópico se destina a aproximar o leitor daquilo que é aqui concebido como “*ceticismo moderado*”, com importância flagrante. É que, ao afirmarmos que essa leitura pode contribuir para o aprimoramento do processo, há algumas questões que surgem de maneira lógica: o que é essa abordagem? Quais são os seus diferenciais?

Iniciando essa investigação, podemos estabelecer de um modo geral que o *approach* proposto possui como principal objetivo permitir que o discurso processual civil se aproxime

da sua aplicação concreta; viabilizar que os livros se alinhem à realidade, unindo as pontas em favor da atuação jurisdicional. Para tanto, a sua chave-mestra é a *desconstrução*, estabelecendo um percurso que rompe a apatia por meio de juízos mais críticos do que os tradicionais.

Nesse sentido, falar *ceticamente* no processo civil é colocar dúvidas sobre as certezas existentes em seu campo, percebendo a possibilidade de que toda afirmação absoluta seja esvaziada; é romper a imagem de *naturalidade* que marca a sua atual conformação, reconhecendo sua condição ilusória¹⁶⁴. É, enfim, desestabilizar cada argumento de verdade relacionado à matéria, desmontando sua compreensão clássica e expondo a relevância de que o seu estudo adote também outros pontos de vista.

Com essas primeiras linhas, esboçando o que o *ceticismo moderado* é, podemos também tracejar o que ele *não é*. Para evitar possíveis ambiguidades, destaca-se de forma clara: *não* se trata de um ceticismo *sistemático* ou *epistêmico*, enquanto negativa filosófica da própria possibilidade de conhecimento¹⁶⁵; *não* se trata de ser *cético* em sentido *pirrônico*, problematizando-se toda forma de conhecimento¹⁶⁶. Não é esse o sentido atribuído ao termo, razão pela qual para os presentes fins essa polissemia deve ser rechaçada.

Desse modo, não pretendemos negar a possibilidade de que se construam discursos aceitáveis relacionados ao processo civil, ou defender uma *descrença radical* quanto ao seu conhecimento. Além de não ser esse o nosso propósito, devemos lembrar que ele dificilmente escaparia da contradição performativa: caso refutássemos qualquer chance de *estudo sobre o processo*, por qual motivo alguém deveria aceitar o presente trabalho, que nada mais é do que

¹⁶⁴ Nas palavras de Bourdieu (1930-2002), “o sociólogo nunca conseguirá acabar com a sociologia espontânea e deve se impor uma polêmica incessante contra as evidências ofuscantes que proporcionam, sem grandes esforços, a ilusão do saber imediato e de sua riqueza insuperável. Sua dificuldade em estabelecer, entre a percepção e a ciência, a separação que, para o físico, exprime-se por uma oposição nítida entre o laboratório e a vida cotidiana, é tanto maior pelo fato de não conseguir encontrar, em sua herança teórica, os instrumentos que lhe permitiriam recusar radicalmente a linguagem corrente e as noções comuns”. Disso, conclui-se que o fato deve ser conquistado, construído e constatado. BOURDIEU, Pierre. *A Profissão de Sociólogo*. 3 ed. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Editora Vozes, 2002. p.23.

¹⁶⁵ Na descrição de Hessen (1889-1971), “o dogmatismo converte-se muitas vezes no seu contrário: o *cepticismo* (...) enquanto que aquele considera a possibilidade de um contacto entre o sujeito e o objecto como algo compreensível por si mesmo, este nega essa possibilidade. Segundo o *cepticismo*, o sujeito não pode apreender o objecto O conhecimento, no sentido de uma apreensão real do objecto, é impossível para ele. Portanto, não devemos formular qualquer juízo, mas sim abster-nos totalmente de julgar”. HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. Trad. António Correia. 7 ed. Coimbra: Arménio Amado Editora, 1980. p.40.

¹⁶⁶ “O *cepticismo* encontra-se, principalmente, na antiguidade. O seu fundador é PIRRÓN DE ELIS (360-270). Segundo ele, não se consegue chegar a um contacto do sujeito com o objecto. À consciência cognoscente é impossível apreender o seu objecto. Não há conhecimento. De dois juízos contraditórios, um é, finalmente, tão exactamente verdadeiro como o outro. Isto significa uma negação das leis lógicas do pensamento, especialmente do princípio de contradição. Como não existem conhecimento nem juízo verdadeiros, PIRRÓN recomenda a abstenção de todo o juízo”. Idem. p.41-42.

um estudo sobre o processo? O que justificaria sua existência ¹⁶⁷?

Em verdade, a análise que se inicia concebe o ceticismo como *parâmetro de conduta*; como *método*; “*como perspectiva, e não como teoria*” ¹⁶⁸. Aproximamo-nos, com isso, de noção já trazida por Posner a respeito do tema, e merecedora de transcrição: “*meu ceticismo é mais um estado de espírito ou uma atitude – uma disposição a enfrentar pretensões de certeza, a questionar afirmações poderosas (mesmo as minhas próprias) (...) e a não crer em entidades absolutas e não observáveis – do que uma teoria*” ¹⁶⁹. É por esse motivo que falamos em “*ceticismo moderado*”: não se nega que o objeto possa ser conhecido, mas acredita-se que a incredulidade pode ser uma trilha necessária para a sua cognição.

Partindo desse viés, o caminho metodológico apresentado não obsta que se defendam alternativas para o processo civil e para os seus postulados. É assim, por exemplo, que o próprio Posner parte desse comportamento para construir seu pragmatismo moderado (ou *practicalismo* ¹⁷⁰), sustentando que o campo jurídico deve estar prospectivamente voltado à procura de ações mais efetivas ¹⁷¹. A leitura não exclui esse discurso, possuindo um enfoque imediato mais limitado: defender uma conduta avessa ao conformismo com a dogmática tradicional e com a sua aparência auto-evidente. Firmada essa premissa, abre-se espaço para eventuais reconstruções.

Do mesmo modo, a postura *moderadamente cética* também não impede que se sustente a superioridade contingencial de determinado aspecto para o processo. O que se torna

¹⁶⁷ “É evidente que o ceticismo *radical* ou *absoluto* se anula a si próprio. Afirma que o conhecimento é impossível. Mas com isto exprime um conhecimento. Por consequência, considera o conhecimento como possível de facto e, no entanto, afirma simultaneamente que é impossível. O ceticismo cai, pois, numa contradição consigo próprio”. Idem. p.43.

¹⁶⁸ POSNER, Richard A. The Jurisprudence of Skepticism. In. *Michigan Law Review*. v.86. Michigan: University of Michigan Law School, 1988. p.829.

¹⁶⁹ “My own skepticism is a mood or attitude - a disposition to scoff at pretensions to certainty, to question claims (even my own) (...) and to disbelieve in absolutes and unobservable entities - rather than a theory”. Idem. *ibidem*.

¹⁷⁰ “O pragmatismo de Posner não é um pragmatismo filosófico; é um *practicalismo*. É a arte de viver sem fundações. Ao se filiar ao pragmatismo jurídico, Posner abandonou completamente a possibilidade de que possa haver uma metafísica para o direito. O direito é para Posner algo instrumental e algo orientado para o futuro, mas mesmo o instrumentalismo não deve ser, diz Posner, guia para o direito. É possível optar-se por ser formalista – talvez até extremamente formalista – em bases pragmáticas. Se formalismo funcionar melhor, então sejamos formais”. SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito, Justiça e Eficiência: a Perspectiva de Richard Posner*. Disponível em <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30/>. Acesso em 10 de janeiro de 2016.

¹⁷¹ Descrevendo a postura, o autor assim expõe: “the brand of pragmatism that I like emphasizes the scientific virtues (open-minded, no-nonsense inquiry), elevates the process of inquiry over the results of inquiry, prefers ferment to stasis, dislikes distinctions that make no practical difference—in other words, dislikes “metaphysics”—is doubtful of finding “objective truth” in any area of inquiry, is uninterested in creating an adequate philosophical foundation for its thought and action, likes experimentation, likes to kick sacred cows, and - within the bounds of prudence - prefers shaping the future to maintaining continuity with the past. So I am speaking of an attitude rather than a dogma; an attitude whose “common denominator” is “a future-oriented instrumentalism that tries to deploy thought as a weapon to enable more effective action””. POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990. p.28.

necessário é que, nesse percurso, haja espaço para dúvidas e para alinhamentos entre premissas. Uma vez mais com Posner, “*se um relógio não está funcionando, ele deve ser consertado. Nesse exemplo, o “deve ser” decorre de duas constatações: o relógio não estar funcionando, e a função do relógio ser apontar o horário*”¹⁷². Ato contínuo, caso se defendesse que o relógio passou a ter escopo meramente decorativo, também a conclusão poderia ser diversa.

Enfim, ao adotarmos esse viés, procuramos conferir um novo suporte para o exame do direito processual civil. Mais que uma crítica a determinado instituto da matéria, trata-se de perceber que também aqui não há espaço para a imposição de argumentos míticos ou de conceitos “naturais”; de caminhar na contramão de quaisquer discursos (pretensamente) absolutos. Nesse sentido, pretendemos indicar que o processo civil não pode ser visto como um campo sempre compatível com *certezas* e com *verdades*, mas como um cenário propenso a *escolhas* e a *interrogações*.

Em suas linhas centrais, é esse o postulado que se espera trazer ao longo das próximas páginas, conduzindo a uma opção mais *crítica* e *realista* para o estudo do tema; a um percurso de dúvidas e de indagações. Afinal, o que é o processo civil? Quais são os seus objetivos e suas possibilidades? Existem limites objetivos ou teóricos para a disciplina? Como isso impacta suas garantias e sua atuação?

O leitor que nos acompanhar no curso da tese certamente se deparará com problemas dessa natureza. E, de regra, verá algumas ressalvas às respostas usualmente fornecidas por uma abordagem mais ortodoxa e convencional.

3.2. O cético moderado, o dogmático e o zetético

Com essas considerações, justifica-se ainda situar o *ceticismo moderado* em um arranjo regularmente trazido para o Direito: aquele que coloca, em lados opostos, as suas investigações *zetéticas* e as suas análises *dogmáticas*. A tipologia foi traçada originalmente por Viehweg, servindo como uma importante ferramenta para a análise do fenômeno jurídico em sua totalidade¹⁷³.

Realmente, ao observar o estudo do Direito, o autor constatou a existência de duas possibilidades diversas de compreensão do tema. De um lado, haveria uma perspectiva em

¹⁷² “If a watch is not working, it ought to be fixed. In this example the “ought” is derived from two “is’s”: that the watch is not working, and that the function of a watch is to tell time”. Idem. p.352.

¹⁷³ Ver, assim, VIEHWEG, Theodor. Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica. In. *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

que seria conferida posição de *privilégio à dúvida*, sendo esse o seu liame central. De outro, estaria uma abordagem pautada em *convicções*, considerando que determinados pressupostos não seriam suscetíveis a questionamentos. À primeira definição corresponderia uma lógica *zetética*. À segunda, um modelo *dogmático*. Entre ambas, haveria uma mudança sensível no modo de enfrentamento ¹⁷⁴.

Iniciando a análise pelo primeiro dos pontos, o *zetético*, podemos estabelecer que residiria aí uma postura precipuamente *investigativa*, conferindo-se ênfase a um olhar *crítico*. Como ponto central, haveria um ininterrupto *estranhamento*, fazendo com que qualquer aspecto inerente ao Direito fosse visto com *olhos de madeira* ¹⁷⁵. A procura por estabilidade não integraria as prioridades do estudioso, levando a uma especulação tendente ao infinito ¹⁷⁶.

Por seu turno, o enfoque *dogmático* possuiria composição diversa, partindo de determinadas premissas sem submetê-las a um juízo de problematização. Ainda que de forma precária, tais aspectos seriam erigidos à condição de aceitação tácita, sendo subtraídos da linha de tiro. Do mesmo modo, por estarem excluídos do debate, esses tópicos não exigiriam maior fundamentação ou explicação; seriam simplesmente aceitos, influenciando os agentes ¹⁷⁷.

¹⁷⁴ “Temos, portanto, duas possibilidades de proceder à investigação de um problema: ou acentuando o aspecto pergunta, ou acentuando o aspecto resposta. Se o aspecto pergunta é acentuado, os conceitos básicos, as premissas, os princípios ficam abertos à dúvida. Isto é, aqueles elementos que constituem a base para a organização de um sistema de enunciados que, como teoria, explica um fenômeno, conservam seu caráter hipotético e problemático (...) no segundo aspecto, ao contrário, determinados elementos são, de antemão, subtraídos à dúvida, predominando o lado resposta. Isto é, postos fora de questionamento, mantidos como soluções não atacáveis, eles são, pelo menos temporariamente, assumidos como insubstituíveis (...) no primeiro caso, usando uma terminologia de Viehweg, temos um enfoque zetético, no segundo, um enfoque dogmático”. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, dominação e decisão*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.40-41.

¹⁷⁵ O termo é trazido por Carlo Ginzburg para ressaltar uma postura de *estranhamento*, rompendo a apatia ínsita ao cotidiano. Na obra do autor, sua utilização possui ênfase especialmente *transcultural*, ressaltando a importância de que ao apreciarmos aspectos que nos são diversos – e, por isso, poderiam ser prontamente criticados – tenhamos um olhar de reflexão. Veja-se, GINZBURG, Carlo. *Olhos de madeira – novas reflexões sobre a distância*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

¹⁷⁶ Nas palavras de Roesler, a partir da adoção de um viés zetético, “a reflexividade contínua, que pode colocar em questão todas as respostas oferecidas na investigação (e por isso entende-se que a relevância é dada ao aspecto pergunta) aponta para um decurso infinito, ou ao menos sem um término definido. Na investigação ou zetética, portanto, as respostas são tomadas sempre como tentativas, provisórias e questionáveis a qualquer momento e sua tarefa é caracterizar o horizonte de questões no campo escolhido”. ROESLER, Cláudia Rosane. *Enfoque dogmático e enfoque zetético como pontos de partida para realizar a interdisciplinaridade no ensino jurídico contemporâneo*. Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br/porta/conteudo/enfoque-dogm%C3%A1tico-e-enfoque-zet%C3%A9tico-como-pontos-de-partida-para-realizar-interdisciplinari>>. Acesso em 10 de maio de 2016. p.3-4.

¹⁷⁷ “Pode-se dizer, afirma ele, que as asseveraões são tratadas como dogmata quando, em tese, são excluídas a longo prazo de um ataque, e por isso, não estão submetidas a nenhum dever de defesa, ou seja, a nenhum dever de fundamentação, senão simplesmente a um dever de explicação. Num determinado âmbito cultural, determinadas asseveraões são colocadas fora de toda a dúvida”. Idem. Ibidem.

Vê-se assim, de uma forma geral, que o esquema identificado por Viewheg contraporia o protagonismo da *pergunta* ao protagonismo da *resposta* ¹⁷⁸; em termos semânticos, o *zetein* e o *dokein*. Seria esse o vetor central, colocando em lados opostos uma lógica *continuamente* questionadora e outra em que determinados aspectos fossem *ressalvados* de dúvida.

Direcionando os olhares à doutrina brasileira, percebemos que esse suporte não passou batido, havendo estudos que destacaram a sua importância para a análise jurídica. Foi assim com Tercio Sampaio Ferraz Jr., não por acaso tradutor de Viewheg para o português ¹⁷⁹. Também, com Claudia Roseane Roesler, que se dedicou detidamente ao tema ¹⁸⁰. Nos dois casos, conferiu-se ênfase à segmentação entre *dogmático* e *zetético*, percebendo os seus diferentes impactos no campo do Direito.

Considerando essa composição, porém, algumas indagações poderiam surgir: qual a posição desempenhada pelo *ceticismo moderado* nesse campo? Por qual motivo ele se diferencia dos modelos anteriores? Como pode dialogar com cada um?

A resposta a essas provocações nos parece passar por um ponto central, claramente trazido por Roesler: para ser visto em sua totalidade, acreditamos que o estudo jurídico *não pode* descartar nem o *dogmático* e nem o *zetético* ¹⁸¹. Seria a partir do diálogo entre esses dois elementos que se extrairia sua melhor atuação, recomendando que se destinasse a devida atenção a ambos.

Em síntese, por mais que o convite à inquietação fosse tentador, a assunção de um viés exclusivamente *zetético* faria com que o campo jurídico falhasse em seu papel *central* de orientação de condutas; em sua lógica de *dever-ser* ¹⁸². A questão é bastante clara: colocando-

¹⁷⁸ Como posto por Roesler, “Viehweg propõe que se considere, na análise de como podem surgir âmbitos do conhecimento como âmbitos temáticos, a estes âmbitos como esquemas de perguntas e respostas. Constrói-se, assim, um campo de problemas suficientemente descritível e se oferecem respostas que, de acordo com procedimentos de prova a serem precisados, são finalmente aceitas ou rechaçadas. Nestes esquemas de perguntas e respostas é possível conferir maior importância às perguntas ou às respostas. Quando conferimos maior relevância às perguntas a estrutura aponta para a investigação ou zetética. Quando salientamos as respostas, para a dogmática”. Idem. p.3.

¹⁷⁹ Ver, assim, VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

¹⁸⁰ Assim, ROESLER, Cláudia Rosane. Ob. cit. Também, esmiuçando o pensamento de Viehweg, ROESLER, Cláudia Rosane. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: tópica, discurso, racionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

¹⁸¹ Nesse sentido, *passim*, ROESLER, Cláudia Rosane. *Enfoque dogmático e enfoque zetético como pontos de partida para realizar a interdisciplinaridade no ensino jurídico contemporâneo*.

¹⁸² Expondo essa diretriz orientadora, inerente ao discurso dogmático, Tercio Sampaio Ferraz Jr. estabelece que “o enfoque dogmático releva o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões. O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. Nas primeiras, o problema tematizado é configurado como um *ser* (que é algo?). Nas segundas, a situação nelas captada configura-se como

se em dúvida qualquer premissa vigente, nada haveria que assegurasse tutela ao atual ordenamento.

Da mesma forma, lançar mão exclusivamente da lógica *dogmática* poderia gerar um risco diametralmente oposto: ao instituir parâmetros imutáveis e excluí-los do confronto, a matéria poderia desacelerar qualquer tipo de mudança e se distanciar do ambiente social. Também aqui, a adoção de um enfoque puro tenderia a gerar um mal-estar no contexto jurídico, colocando em dúvida sua capacidade de atuação; seriam mantidos juízos abstratos de *dever-ser*, mas sem que se levasse em conta aquilo que de fato é ¹⁸³.

Considerando esse arranjo, conclui-se que a lógica *dogmática* seria necessária, mas que suas balizas deveriam ser constantemente submetidas a um filtro *hermenêutico* atento às mudanças sociais ¹⁸⁴. E nesse espaço cognitivo consideramos que o criticismo *zetético* desempenharia um importante papel ¹⁸⁵. A relação entre ambos seria assim imbricada.

Nesse particular, entende-se a crítica à tentativa de separar de forma rigorosa os dois campos, destinando disciplinas específicas a cada um. Sob esse viés, caberia a cátedras como a sociologia jurídica, a filosofia do direito, a criminologia ou a teoria geral do direito trazer ao estudioso um enfoque *zetético*; por outro turno, a leitura *dogmática* seria dada por cadeiras como o direito civil, o direito comercial, o direito tributário e, também, os diferentes ramos do direito processual. Como percebido por Roesler, esquece-se assim a importância de que o

um *dever-ser* (como deve-ser algo?). Por isso, enfoque *zetético* visa saber o que é uma coisa. Já o enfoque *dogmático* preocupa-se em possibilitar uma decisão e orientar a ação”. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Ob. cit. p.41.

¹⁸³ “O estudo *dogmático* do direito está ligado a uma dupla abstração. Ou seja, como não existe sociedade sem dogmas, pois, sem pontos fixos de referência, a comunicação social (interação humana) é impossível (...) toda comunidade elabora suas normas. Todavia, as normas só não bastam (...) exigem também regras de interpretação (...) temos, pois, um produto abstrato, as regras, que tem por objeto outro produto abstrato, as normas. Daí a dupla abstração (...) com isso, seu estudo paga um preço: o risco de distanciamento progressivo da própria realidade social”. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Ob. cit. p.49.

¹⁸⁴ “É relevante considerar, no entanto, que o pensamento *dogmático* embora fixe as opiniões, tornando-as indiscutíveis, não pode abandonar o seu desenvolvimento imanente. Assim, ressalta Viehweg, para manter um sistema coeso e estável de opiniões *dogmatizadas* ganha importância a *hermenêutica*, cujo papel é a flexibilização necessária dos dogmas indescartáveis, propiciando a sua revisão interna sem que sejam negados. Se o pensamento *dogmático* põe fora de questionamento e de dúvida aqueles enunciados básicos que podem ser considerados seus dogmas, também os desenvolve continuamente porque não os pode abandonar”. ROESLER, Cláudia Rosane. *Enfoque dogmático e enfoque zetético como pontos de partida para realizar a interdisciplinaridade no ensino jurídico contemporâneo*. p.6.

¹⁸⁵ “Desta perspectiva se vê mais claramente a importância da relação entre pensamento *dogmático* e pensamento *zetético*. Ela é decisiva, afirma expressamente Viehweg, para o caráter de uma Ciência do Direito, pois se se considera a *dogmatização* como continuação da legislação, é claro que tanto esta como aquela dependem das informações corretas sobre nosso complicado mundo social. A *zetética* tem que intervir continuamente como corretivo da *dogmática*, introduzindo *desdogmatizações*. O papel da *zetética* seria então o de examinar criticamente os pressupostos que embasam a *dogmática*, fornecendo-lhe assim condições de revisar seus dogmas, adaptando-os e fundamentando-os racionalmente. Para um saber jurídico completo, portanto, não se trata de eliminar ou de absorver um enfoque no outro, mas de compreendê-los como necessários e complementares”. Idem. p.7.

estudo jurídico se valha de *ambos os enfoques* ¹⁸⁶.

Enfim, partindo desse caldo, o recurso à ideia de *ceticismo moderado* não se dá de maneira despropositada. Por meio dele, procuramos a um só tempo: (i) expor um estado-de-espírito que não se limitaria ao *dogmático* ou ao *zetético*, valendo-se de ambos como referenciais; e (ii) trazer para um maior criticismo - que a abordagem tradicional, pautada na dicotomia acima, costuma reservar a outras matérias.

Nesses termos, por mais que o ponto de vista aqui proposto confira especial relevância à *dúvida*, não se nega que o ator do processo deva orientar sua conduta a partir de determinadas regras e suspender incertezas quanto à sua aplicação. É assim que, em termos *zetéticos*, nada obsta que se questione o acerto de nosso Código de Processo Civil ao prever o prazo de cinco dias para a oposição de embargos de declaração; porém, em termos *dogmáticos*, ao opor embargos contra determinada decisão é evidente que o sujeito deve respeitar esse termo, deixando de lado eventuais ressalvas ao seu respeito.

No mesmo sentido, se na divisão rígida entre o *zetético* e o *dogmático* o processo civil acaba sendo inserido na última quadra, ao propormos sua leitura a partir do *ceticismo moderado* consideramos que se agrega à disciplina um juízo mais crítico ¹⁸⁷. Sem inviabilizar sua atuação prática, procura-se trazer ao seu estudioso um novo ponto de reflexão - abrindo as portas para um maior diálogo com o contexto social.

¹⁸⁶ A autora afirma que “um conhecimento jurídico completo requer, segundo Viehweg, que o Direito seja constantemente analisado e desenvolvido por intermédio dos dois enfoques, precisamente para que possa cumprir sua função social de direção de comportamentos (...) Se se privilegiar o enfoque zetético, não se estará atendendo ao caráter de orientação da ação que o profissional do Direito terá de cumprir e que a Sociedade lhe irá exigir. Se, ao contrário, a ênfase for pura e simplesmente dogmática, formar-se-á um profissional incapaz de inovar e recriar o Direito na medida das transformações sociais”. A partir disso, extrai que “o problema reside (...) em confinar, como sói acontecer hoje, a análise não dogmática do ordenamento jurídico e de seus pressupostos sociais, econômicos e políticos, às disciplinas como a Sociologia, a Filosofia, a História do Direito, a criminologia, etc.. Isso não tem conduzido a uma efetiva modificação no perfil do egresso do curso de Direito, porque o discente recebe esses dois momentos formativos como estanques e debruça-se sobre um ou outro com mais vigor apenas segundo o seu gosto pessoal, sem que se o auxilie a compreender que estudar o Direito significa utilizar ambos os enfoques”. Idem. p. 8-9.

¹⁸⁷ Com efeito, veja-se que Tercio Sampaio Ferraz Jr. expressamente concebe o “direito processual” como uma disciplina *dogmática*, em contraposição a outros ramos a que atribui uma essência *zetética*. Porém, em que pese admitir essa segmentação, ressalta que a limitação teórica inerente à mentalidade *dogmática* “pode comportar posicionamentos cognitivos que podem conduzir, por vezes, a exageros, havendo quem faça do estudo do direito um conhecimento demasiado restritivo, legalista, cego para a realidade, formalmente infenso à própria existência de fenômeno jurídico como um fenômeno social; pode levar-nos ainda a crer que uma disciplina dogmática constitui uma espécie de prisão para o espírito, o que se deduz do uso comum da expressão *dogmático*, no sentido de intransigente, formalista, obstinado, que só vê o que as normas prescrevem”. A ressalva é de alta pertinência, criando uma necessidade de diálogo em que a desconstrução causada pelo *ceticismo moderado* pode cumprir um relevante papel. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Ob. cit. p.48.

3.3. O processo civil como expressão cultural

Para permitir essa jornada, há um aspecto que merece especial atenção. Trata-se do fato de o mecanismo adotado para resolução de disputas, em cada sociedade, constituir um fenômeno *cultural*. Desse modo, a lógica processual também está sujeita a essa gama de instituições.

Essa feição do processo pode ter seu estudo iniciado a partir de algumas provocações. Por qual motivo diferentes países apresentam formas também distintas de pacificação de conflitos? O que faz com que, em localidades aparentemente próximas, confira-se relevância tão discrepante a elementos como o Tribunal do Júri ou a audiência de instrução? Esse tipo de dissemelhança é normal? Como o problema deve impactar o estudo do processo?

As questões acima revelam a natureza *maleável* do direito processual. Além disso, cada uma delas flui para uma mesma conclusão: o processo civil é, também, uma *expressão cultural*. Em síntese, o modo de resolução de disputas instituído em determinado local refletirá a sua própria *cultura*, trazendo uma nova peça para o quebra-cabeça da matéria ¹⁸⁸.

Essa constatação, inerente ao pensamento de Chase e de Taruffo, desafia o teórico a dar um passo atrás ¹⁸⁹. Afinal, apenas estabelecendo o que se entende por *cultura* é possível verificar sua aderência ao processo. O problema é de índole lógica: não há como afirmar que determinada música possui *mojo*, sem que se saiba o que é *mojo*. Além disso, toca um dos aspectos mais controvertidos da antropologia e da sociedade contemporâneas, não podendo ser aqui esgotado ¹⁹⁰.

É assim que, com finalidades instrumentais (e coadunando com o próprio Chase),

¹⁸⁸ Sintetizando essa ideia, Daniel Mitidiero estabelece que “é lugar comum no estudo do direito, ganhando horizontes cada vez mais largos dentro do ambiente destinado ao processo civil, afirmar-se que o direito se encontra intimamente imbricado com a experiência e a cultura do povo (...) vale dizer: a experiência, como dado recolhido da prática contínua e indepassável da vida, e a cultura, “considerada como o conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determinada época de uma sociedade”, na clássica definição de Galeno Lacerda, informam e moldam o direito (...) essa relação entre direito e cultura sobra ainda mais evidente se procurarmos evidenciá-la a propósito do direito processual civil”. Ver, MITIDIERO, Daniel. Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil. In. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. n.33. Curitiba: Genesis, 2004. p.485 e ss. No mesmo sentido, e servindo de amparo ao autor, veja-se a construção trazida por Galeno Lacerda (1921-2012) em LACERDA, Galeno. Processo e Cultura. In. *Revista de Direito Processual Civil*. v.3. São Paulo: Saraiva, 1961.

¹⁸⁹ Com esse enfoque, CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual*. Também, TARUFFO, Michelle. Cultura e Processo. In. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Ano LXIII. Milano: Giuffrè, 2009.

¹⁹⁰ Sobre o tema, ver, com especial ênfase a construção formulada por Geertz (1926-2006) em GEERTZ, Clifford. *The Interpretation of Cultures*. New York: Basic Books, 1973. Da mesma forma, condensando a questão e demonstrando a divergência existente em sua base, EDWARDS, Tim. (coord.). *Cultural Theory: classical and contemporary positions*. London: Sage, 2007. Também, MULLER, Adam. (coord.). *Concepts of culture – art, politics & society*. Calgary: University of Calgary Press, 2005. MINKOV, Michael. *Cross-cultural analysis: the Science and art of comparing world's modern societies and their cultures*. London: Sage, 2012.

entendemos como *cultura* um arranjo amplo e contextual, formado pelas ideias, valores e instituições genericamente aceitas em determinado ambiente ¹⁹¹. Residiria aí, nesse amálgama de vetores, o seu *caldo cultural*. E a premência dessa teia traz efeitos profundos na disciplina processual, colorindo-a com novas tintas. Em poucas palavras, o processo *reflete* a cultura em que se enquadra, razão pela qual, se ela passa por alterações, também ele terá de se adaptar.

Como exemplo, vejamos que é diante dessa premissa que Chase justifica o protagonismo oferecido nos Estados Unidos à instituição do júri. Ali, a questão seria *cultural*, remontando ao período de colonização inglesa e à luta dos povoadores pela possibilidade de se autogovernar. Nesse sentido, o julgamento pelos pares corresponderia a uma medida de contenção do poder estatal e de dispersão de autoridade, encontrando respaldo na *cultura* norte-americana e em seu desenvolvimento histórico ¹⁹².

Essa preocupação também estaria no cerne do modelo de instrução probatória adotado no processo civil estadunidense. É que, também em relação a esse tópico, o conteúdo seria pautado pela redução do papel dos Tribunais e de sua possibilidade de gestão. Em última análise, essa estruturação do *discovery* refletiria a própria tentativa de mitigar o poder estatal e o seu dirigismo, conferindo maior autonomia aos particulares ¹⁹³. Lançando mão das ideias de Damaska, sua positivação representaria um passo em sentido *coordenado*, refletindo ser essa

¹⁹¹ Em suas palavras, “eu adoto um conceito de cultura que vincula pontos comuns que persistem no tempo, mas dificilmente são eternos, e que são largamente, mas não uniformemente, compartilhados por uma coletividade determinável. Para citar Kroeber e Kluckhohn, “o núcleo essencial da cultura consiste em ideias tradicionais (i.e., derivadas e selecionadas historicamente) e especialmente em seus valores agregados; sistemas culturais podem, de um lado, ser considerados como produto de ação e, de outro, como elementos condicionantes de ações futuras”. Mais especificamente, a definição de cultura utilizada aqui inclui “ideias, valores e normas tradicionais” que são amplamente compartilhados em um grupo social. A cultura inclui proposições sobre crenças que são tanto normativas (“matar é errado exceto quando autorizado pelo Estado”) como cognitivas (“a Terra é redonda”). A cultura também incluiu os símbolos que representam aquele espírito de seu povo (a figura da Justiça com sua balança; um globo de mesa)”. CHASE, Oscar G. Ob. cit. p.26.

¹⁹² “É impressionante e revelador que o ethos igualitarista norte-americano e o júri, como mecanismo para a proteção de direitos individuais, tenham se desenvolvido juntos. A veneração ao júri na vida estadunidense emergiu ao mesmo tempo em que o povo assumiu seus valores excepcionistas. Foi no período próximo à Revolução Americana que o júri se tornou “tão profundamente arraigado no ethos democrático estadunidense”. Por volta da metade do Século XVIII, enquanto os estadunidenses se diferenciavam progressivamente como um povo singular, os jurados tornaram-se uma forma de resistir ao controle da Coroa sobre as matérias da colônia, razão pela qual a tentativa britânica de limitar os poderes da instituição foi um fator motivador de reclamações. Desde então, contos sobre jurados que bravamente se opuseram ao governo tirânico inglês se tornaram parte da autoimagem estadunidense: “a maioria dos livros de história norte-americanos apontam o julgamento de [John Peter] Zenger por difamação em 1735 como o caso paradigma para a liberdade de imprensa e como um exemplo da vitória do povo sobre a aristocracia” (...) Embora a hagiografia que cerca o caso Zenger tenha produzido uma idealização questionável de seus participantes, o litígio “ajudou a estabelecer pontos de vista particularmente estadunidenses sobre o júri e sobre o seu lugar entre o Direito e as pessoas””. Idem. p.88-89.

¹⁹³ “Individualismo, igualitarismo, laissez-faire e antiestatismo também estão evidentes em outra prática relacionada à solução de litígios particularmente forte nos Estados Unidos e que não é duplicada com igual impacto em qualquer outro lugar: o *pretrial discovery*. Trata-se de um poder dado às partes para controlar a investigação sobre os fatos antes do julgamento. Novamente, o contraste é ainda mais evidente quando os Estados Unidos são comparados com os sistemas continentais”. Idem. p.91.

a guia predominante no espaço social ¹⁹⁴.

A mesma base argumentativa explicaria ainda o porquê de sociedades mais tendentes ao *diálogo* e à *solidariedade* atribuírem maior ênfase a modelos de pacificação orientados pela *mediação* e pela *conciliação* ¹⁹⁵. É que, nesse tipo de hipótese, a relevância de ambos os litigantes recomendaria que o conflito não tivesse derrotados. Uma vez terminado o embate, tanto um quanto o outro seguiria desempenhando papel essencial no contexto social, justificando que se procurasse evitar ranhuras capazes de prejudicar essa engrenagem ¹⁹⁶.

Dessa maneira, a mentalidade inerente a cada um dos casos demonstra que *cultura* e *processo* se colocam em constante sincronia. E esse raciocínio também pode ser aplicado ao processo civil brasileiro. A recente preocupação de nosso jurista com a *eficiência* da resolução de disputas, por exemplo, está diretamente ligada ao fato de esse valor também ter assumido maior protagonismo no próprio espaço social ¹⁹⁷. De igual modo, se hoje se defende uma nova

¹⁹⁴ Nas palavras do autor, “while to coordinate authority it is perfectly acceptable to allow private attorneys to take oral depositions in their private offices, the hierarchical process does not even have a categorical niche to classify this practice. At first, when viewed through the spectacles of hierarchical authority, the taking of oral depositions appears as a mere private interview aimed at developing the lawsuit (...) yet because more than a private interview is involved, depositions tend to be viewed as an arrogation by private persons of action that must be reserved for governmental officials. Quite predictably, attempts by American attorneys to conduct depositions on the Continent are treated there as offensive to the prerogative of the state to administer justice and are now outlawed in several European countries”. DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986. p.67.

¹⁹⁵ Afinal, como pontua Auerbach, “entender as comunidades por meio de suas formas de resolução de disputas pode parecer idiossincrático. Mas essa perspectiva nos dá acesso a um complexo e recorrente diálogo cultural: entre os indivíduos e a comunidade; entre a aspiração de harmonia e a concretude do conflito; entre as instituições jurídicas formais e suas alternativas. Toda sociedade experimenta essa tensão. É importante compreender que preferências por modos de resolução de conflitos não são escolhas finais, mas sim compromissos em transformação. Até mesmo na sociedade mais profundamente legalista, é provável que haja um movimento constante ao longo do tempo: entre as constrições do sistema jurídico formal e o chamariz das alternativas informais. Na verdade, uma vez em declínio a antiga ordem consuetudinária (baseada na visão moral comum de um grupo), a mudança principal é em direção a regras jurídicas explícitas e procedimentos “que esclarecem o que a desintegração da comunidade tornou obscuro e incerto”. AUERBACH, Jerold S. *Justiça sem Direito*. In: DE AZEVEDO, André Gomma. BARBOSA, Ivan Machado (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Universidade de Brasília, Grupos de Pesquisa, 2007. p.46.

¹⁹⁶ “Alternativas comunitárias ao litígio judicial convidam a uma reflexão sobre as disputas como forma de comportamento social. A natureza dos processos de disputa exsurge, no final das contas, de uma delicada interação entre relações pessoais em uma determinada estrutura social. É bastante significativa a escolha feita pelos disputantes entre ignorar suas diferenças, negociar, submeter o conflito a uma mediação ou arbitragem ou permanecer com advogados visando a um litígio. A maneira pela qual as pessoas disputam depende, afinal, de como (e se) elas se relacionam. Em relacionamentos íntimos, afetuosos e recíprocos, os disputantes terão um comportamento bastante diferente com seus opositores do que teriam se estes fossem estranhos ou seus adversários. Egoísmo e agressividade não dependem meramente da personalidade individual: eles são socialmente sancionados – ou desencorajados. Da mesma forma, também há esse componente na escolha entre definir o disputante como um adversário, e lutar até que haja claramente um vencedor e um perdedor, ou, alternativamente, resolver o conflito de maneira a preservar, e não destruir, um relacionamento”. Idem. p.47.

¹⁹⁷ Observando esse fenômeno, e os seus reflexos na reforma da Administração Pública, Villanueva destaca que “la reforma administrativa ha sido la respuesta obligada a los problemas crecientes de operación del gobierno, al déficit fiscal paralisante de los Estados, a la calidad incierta de los servicios públicos y a los tristes hechos de políticas económicas erróneas que postraron el desarrollo de la sociedad y ocasionaron la crisis (...) dado que la administración significa básicamente el conjunto de actividades directivas y operativas que múltiples agentes

geometria para o exercício de poder no processo, é porque o tema também tem sido posto em um contexto maior. Em qualquer das hipóteses, a modificação é reflexo de um movimento mais profundo; de uma recomposição *cultural*.

Considerando esse aspecto, um primeiro dado a ser extraído é que a importação pelo nosso jurista de qualquer ferramenta do direito estrangeiro deve ser sempre vista com cautela. Torna-se necessário apreciar cada reforma legislativa de maneira crítica, investigando se o novo mecanismo, por mais que compatível com outra *cultura*, também se adequa à nossa realidade¹⁹⁸. O instrumento proposto é compatível com nossas instituições? Há acoplamento entre a sua estrutura e o nosso cenário atual? Percebendo a índole cultural do processo, indagações como essa se tornam critérios essenciais, não podendo ser deixadas de fora do jogo.

Da mesma forma, esse pano de fundo também nos leva outra vez ao debate quanto à possibilidade de cisão entre *objetividade* e *subjetividade*, mostrando que o processo civil não escapa das suas garras. Tanto o seu estudioso quanto o seu legislador são incapazes de se afastar por completo do ambiente que os permeia, repleto de instituições e de práticas aparentemente naturais. Há um *habitus* que condiciona todo o ato cognitivo e que repercutirá

llevan a cabo para realizar de manera eficiente las decisiones que alta dirección de una organización ha tomado, fue lógico que los errores y las ineficiencias de los gobiernos se atribuyeran a defectos organizativos u operativos de la AP (...) las observaciones críticas exhibían la incompetencia de la AP justamente en lo que es su núcleo esencial y en lo que consiste su aporte principal al gobierno: la corrección de sus análisis y la eficiencia de sus operaciones y servicios (hoy añadiríamos su calidad)". Na especificidade do Estado brasileiro, a questão é explicada por Cibele Muniz, salientando que "no texto original da Constituição de 1988, o princípio da eficiência, em relação à Administração pública, encontrava-se em vários dispositivos (...) com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, esse conceito tornou contornos novos, demandando reflexões no campo do direito e gerando polêmicas quanto aos seus limites e superfícies na nossa estrutura jurídica. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, idealizado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE), aprovado pela Câmara da Reforma do Estado e, posteriormente, pelo presidente da República, em 1995, apresentou as diretrizes e os objetivos para a Reforma do Estado. Trouxe como principal tarefa a implantação de um novo modelo de gestão, concebido para atuar nos vários níveis e setores da administração. Nesse contexto, a idéia de eficiência foi trabalhada pelos setores envolvidos na Reforma do Estado, com o intuito de traduzir o ideal de um Estado moderno (mínimo), com capacidade de inserção e sobrevivência no mercado globalizado". VILLANUEVA, Luis F. Aguilar. *Gobernanza y gestión pública*. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2006. p.140. MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa. O princípio da eficiência na administração pública brasileira. In. *Prisma Jurídico*. n.6. São Paulo: Uninove, 2007. p.92.

¹⁹⁸ Veja-se que, ao pontar o possível abismo entre o direito moderno e o etnodireito, o autor reconhece que "fora do nosso padrão cultural, pode ocorrer que o juízo leve em consideração, de modo mais elástico, a posição das partes antes e durante o processo. O grau de simpatia e o consenso da comunidade (que se obtém adequando-se à escala de valores socialmente aceita) é relevante também em relação aos efeitos judiciais. Em outros contextos, o juízo visará reforçar a coesão social, o que se obtém favorecendo, no processo, a parte mais forte, a quem não faltarão o poder e os meios necessários para dar execução à decisão, sem que isto suscite divergências desestabilizantes. Em outras, existe a preocupação com o indivíduo, cujo julgamento deverá ocorrer no plano sobrenatural (juízo ordálico), ou, então, serão investigadas verdades extra-sensoriais, recorrendo a procedimentos de tipo mágico. Não obstante a (aliás, por causa da) diversidade entre a realidade dos povos sem escrita e a realidade que encontramos nos países desenvolvidos, a experiência antropológica constitui para o comparatista uma prática sem igual, porque lhe ensina numerosas verdades de fundo, e, sobretudo, o resguardo de erros e preconceitos perigosos". SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad. Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Ed. RT, 2001. p.48-49.

em seu produto final ¹⁹⁹. Como consequência, ao mesmo tempo em que o método de resolução de disputas *parte* de determinada cultura, ele também a reproduz; é forjado no ambiente cultural, mas também o integra ²⁰⁰.

É no rastro dessa constatação que Chase dá um passo além no diálogo, formulando sua teoria do *espelho*. Em termos bastante simples, a novidade se dá pelo fato de o teórico sustentar que, ainda que o processo seja influenciado pela *cultura* em que se encontra, ele é igualmente capaz de *influenciá-la* ²⁰¹. A via entre os elementos seria de mão-dupla, fazendo com que sua relação fosse bilateralmente *reflexiva*; as mudanças na resolução de disputas trariam efeitos ao arranjo social, e vice-versa.

A questão pode ser exemplificada ao analisarmos o liame, antes referido, entre *mediação* e sociedades *dialógicas*. É que, em um primeiro momento, falou-se apenas que o grau de *solidariedade* do ambiente cultural estimularia o desenvolvimento da *autocomposição*. Contudo, identificando o outro lado da moeda, seria possível arguir que o reflexo também atuaria no sentido oposto: a reforma do processo, incutindo em seu âmbito uma mentalidade mais conciliadora, também poderia impactar em alguma medida o espaço social ²⁰².

¹⁹⁹ Como posto por Bourdieu, “a história objectivada, institucionalizada, só se torna <actuada> e actuante se o posto (...) encontrar, como se de um fato ou de uma casa se tratasse, alguém que o ache interessante e nele veja vantagens, alguém que nele se reconheça quanto baste para se responsabilizar por ele e o assumir. Isto faz com que tantas acções, e não só as do funcionário identificado com a sua função, se apresentem como cerimónias por meio das quais os agentes – que nem por isso são *actores* desempenhando *papéis* – entram na pele da personagem social que deles se espera e que eles esperam de si próprios (...) e isto pela força desta *coincidência* imediata e total do *habitus* e do hábito que faz o verdadeiro monge. O criado de café não brinca aos criados de café (...) o seu corpo, em que está inscrita uma história, *casa-se* com a sua função, quer dizer, uma história, uma tradição, que ele nunca viu senão encarnada em corpos ou, melhores, nessas vestes <habitadas> por um certo *habitus* a que chamamos criados de café”. BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difusão Editorial, 1989. p.87-88.

²⁰⁰ “Os processos judiciais se tornam ritualizados por meio da repetição: uma forma de agir se transforma na forma correta de agir. “A ação ritual é repetitiva e por isso geralmente redundante, mas esse elemento exerce um papel essencial na canalização de emoções, na orientação cognitiva e na organização dos grupos sociais”. Isto se dá através da participação. “Seguindo rituais, as condutas tornam-se crenças”. Ou, conforme Geertz, vai-se “do modo como devemos agir considerando nossas crenças para quais devem ser nossas crenças considerando o modo como agimos”. A crença precede e condiciona a ação, e a ação também condiciona a crença. O processo de resolução de disputas é delineado para reafirmar as crenças que lhe servem de base e que nele ganham exterioridade mediante a ação”. CHASE, Oscar G. p.179.

²⁰¹ “Apresentei dois argumentos centrais a respeito dos meios institucionais de resolução de conflitos e da sociedade: o primeiro é o fato de esse processo refletir a cultura em que está inserido – seus valores, seu arranjo social, sua metafísica e os símbolos mediante os quais estes elementos são exteriorizados; o segundo é que essa relação é reflexiva – ou seja, a forma de resolução de conflitos será, também, um componente deste movimento contínuo de manutenção e construção da cultura em que está imerso. Caso essas ponderações sejam válidas, minha teoria a respeito do processo terá utilidade tanto em uma perspectiva de previsão quanto em um aspecto normativo: ela servirá para prever que quando a cultura passa por mudanças significativas, quaisquer que sejam seus motivos, o processo possivelmente irá se adequar à nova roupagem. A recíproca é verdadeira: modificações no processo apresentarão impacto mais amplo”. Idem. p.187.

²⁰² É essa, aliás, a linha central da chamada mediação “transformativa”, expressa de maneira original por Folger e por Bush e voltada a sustentar que essa via resolutiva pode trazer efeitos mais profundos do que o mero

É certo que a existência desse elemento pode ser bastante questionada, especialmente em uma realidade como a brasileira (marcada pelo distanciamento entre “profissionais” e “leigos” e pelo fato de não se conferir igual protagonismo aos Tribunais). Entretanto, o indicativo pode levar à reflexão: por qual motivo, após uma briga entre irmãos, o genitor costuma ouvir todos os envolvidos? Estaria aí refletida a ideia de *contraditório*? Se sim, o que veio primeiro? As dúvidas não nos parecem solvíveis, impedindo que o argumento seja descartado.

3.4. O processo civil e o problema da legitimação

Assim, a compreensão de que os mecanismos de resolução de disputas são *produto* de determinada cultura demonstra o porquê de países diversos estruturarem modelos também distintos. A questão poderia ser colocada em exemplos práticos, demonstrando como localidades *vizinhas* lidam de diferentes maneiras com os mesmos temas.

É o que ocorre com a valoração da prova no Brasil e no Chile²⁰³, ou com a tutela

acertamento eficiente do caso. De maneira resumida, sustenta-se que a recomposição geométrica do litígio e o empoderamento assegurado às partes no seu curso propiciariam novos prismas de debate e de reflexão, impactando a própria vida dos sujeitos e a sua percepção sobre o conflito. Nas palavras dos teóricos, “the transformative theory starts from the premise that interactional crisis is what conflict means to people. And help in overcoming that crisis is a major part of what parties want from a mediator. According to this view, what would transformative theory expect people like Jim and Susan to say about the family business conflict mentioned earlier in this chapter, if they were asked questions such as these: “What affects you most about this conflict you’re involved in? What’s the impact that seems to strike you hardest?”. E, a partir disso, chega-se à seguinte conclusão: “What kind of help do people want from a mediator? As transformative theory sees it, with solid support from research on conflict, parties who come to mediators are looking for—and valuing—more than an efficient way to reach agreements on specific issues. They are looking for a way to change and transform their destructive conflict interaction into a more positive one, to the greatest degree possible, so that they can move on with their lives constructively, whether together or apart”. Ver, BUSH, Robert A. Baruch. FOLGER, Joseph. *The Promise of Mediation – The Transformative Approach to Conflict*. ed. rev. San Francisco: John Wiley & Sons, 2005. p.45-53.

²⁰³ “No que tange aos meios de prova, o CPC chileno, em seu artigo 341 (330), estabelece que os mesmos são: (a) documentos (Instrumentos); (b) Testemunhas (Testigos); (c) Confissão (Confesión de parte); (d) Inspeção Judicial (Inspección personal del Tribunal); (e) Pericial (Informes de peritos); e (f) Presunções (Presunciones). Quanto à prova testemunhal, o fato que nos chamou a atenção no processo chileno é justamente aquele previsto no art. 363. Vejam o artigo, literalmente, transcrito: “Art. 363 (352) Antes de examinar a cada testigo, se le hará prestar juramento al tenor de la fórmula siguiente: ‘¿ Juráis por Dios decir verdad acerca de lo que se os va a preguntar?’ El interrogado responderá: ‘Sí juro’, conforme a lo dispuesto en el artículo.” Apesar de termos a ideia de que já houve a ruptura entre o Estado e a Religião, ainda temos resquícios de um passado em que o Estado e a Religião andavam juntos, bem como a moral religiosa ditava regras de conduta lícitas. Jurar por Deus, no momento do testemunho, é justamente um flagrante de vinculação do Estado à Religião (...) Não iremos aqui fazer demasiadas considerações sobre os elementos de prova indicados no CPC chileno, mas temos que ressaltar uma questão que não verificamos de forma clara no CPC brasileiro, qual seja, a indicação da presunção como meio de prova (...) por fim, sobre a questão da prova, ressalta-se que o princípio que rege o CPC chileno é o da verdade real e tal princípio fica expresso na medida em que há menção literal no sentido de que, quando existir duas provas contraditórias, deve o juiz resolver o problema buscando sempre a verdade (...) em nome da verdade real, o art. 429 indica que, para invalidar uma escritura pública com testemunha, é necessário cinco testemunhas. Isso demonstra o sistema tarifário de prova admitido no processo civil chileno”. SOARES, Carlos Henrique.

inibitória em nosso ordenamento e no do Peru²⁰⁴. Também, com a observação do sistema de audiências vigente na Alemanha e na Itália²⁰⁵. Na mesma linha, a diferença entre os modelos de ações de classe aceitos nos diferentes países europeus é sensível²⁰⁶. Em qualquer dos casos, as divergências elucidam que a proximidade geográfica não assegura a similaridade procedimental.

Entretanto, em que pese a importância desses exemplos, a explicação fica mais clara ao recorrermos outra vez ao pensamento de Oscar Chase. Isso porque o autor *radicaliza* o

Estudo sistemático do direito processual civil chileno. In. *Revista de Processo*. v. 223. São Paulo: Ed. RT, 2012. p.325-326.

²⁰⁴ Identificando a realidade peruana, Christian Delgado Suarez estabelece que “no processualismo peruano, em nível doutrinário, jurisprudencial e legislativo, inexistente preocupação com a instalação de um procedimento especial que vise a inibir um ato ilícito ou remover seus efeitos nocivos espalhados no tempo. À falta disso, o procedimento de cognição plena e exauriente domina a estrutura procedimental para que em terrenos do processo civil peruano, possa ser impetrada uma ação inibitória que concluirá com uma sentença condenatória para que, depois do trânsito até a execução da sentença, possa ser executada com técnicas executivas, atualmente, inexistentes no CPC peruano de 1993. Com o intuito de retratar a falta de cuidado e interesse com a incolumidade dos direitos, o Tribunal Constitucional do Peru de forma infeliz sentenciou que “quando, por consequência do exercício de liberdades informativas se vulneram outros direitos fundamentais, como os relativos à honra e imagem, a tutela desses últimos não pode significar uma prática preventiva contra um meio de comunicação social para poder propalar informação que pode ser considerada lesiva”. Em verdade, se o próprio guardião da Constituição peruana desconhece a inviolabilidade dos próprios direitos que defende, realiza nesse aspecto a autonegação da sua essência”. SUAREZ, Christian Delgado. O panorama atual e a problemática procedimental em torno da tutela inibitória. In. *Revista de Processo*. v.226. São Paulo: Ed. RT, 2013. p.317

²⁰⁵ Explicando a questão, Rolf Stürner e Christoph Kern afirmam que, de um lado, vigoraria um modelo “italo-canônico” “tradicional de civil law, como existe na Europa continental e em muitos países influenciados por estes sistemas jurídicos nos primeiros dois terços do século XX. Hoje, seus representantes são a França, a Itália e a grande maioria dos países latino-americanos. A fase introdutória deste modelo (...) consiste num pedido e numa resposta. Mas neste modelo há uma certa indecisão quanto à forma de se fazer o pedido: dá-se uma notícia ou se descrevem os fatos? Podem contentar-se com uma mera notícia, mas às vezes é necessário que haja uma descrição minudente dos fatos e do pedido (...) o conteúdo da fase intermediária ou interinal (...) consiste numa sequência de audiências que se desenvolvem perante um juiz instrutor e a exibição da prova sobre pontos controvertidos. Tudo o que se passa desempenha o papel de informação para o Judiciário; que logo se envolve plenamente no procedimento”. Já em outro lado estaria o “modelo da audiência principal”, “novidade recente que surgiu dentre estes modelos abordados a partir de sua estrutura. O que é interessante, é que atraiu seguidores de todas as famílias jurídicas: Alemanha e a Espanha moderna, representando os países de *civil law* da família romano-germânica e, pelo menos até um certo ponto, hoje, a Inglaterra, que é o país de *common law*, por excelência. A fase introdutória requer mais do que uma notícia, sendo caso de *fact pleading*, de modo que o réu e o Judiciário sabem desde o começo quais os contornos do caso. A segunda fase do procedimento, a fase interinal ou preparatória, é aquela em que as partes e o juiz procuram saber qual o direito aplicável, qual é exatamente a base fática da controvérsia e os meios de prova disponíveis (...) a audiência principal, que consiste na terceira fase do procedimento, inicia-se pela apresentação dos resultados da fase anterior. Em seguida produz-se a prova e se faz uma triagem das questões que não foram esclarecidas na fase preparatória”. STÜRNER, Rolf. KERN, Christoph. Processo civil comparado – Tendências recentes e fundamentais. In. *Revista de Processo*. v.200. São Paulo: Ed. RT, 2011. p.211-213.

²⁰⁶ De fato, após analisar de maneira detida os diferentes modelos nacionais ali existentes, Christopher Hodges conclui que, em que pese o vigor da regulação comunitária, não há consenso nos países europeus em relação à temática. Nas palavras do autor, “a number of European states have introduced collective mechanisms for claims for damages. The number of states who have so far taken this step is limited, albeit growing, and the model adopted has been different in each case. There is no absolute uniformity or harmonisation of approach, although some similarities exists (...) an immediate conclusion is that any EU enthusiast bent on furthering harmonization of national civil procedure rules or introducing a harmonized approach to collective damages claims would currently face what appears to be an insurmountable challenge in proposing a maximum harmonization model. A ‘one size fits all’ approach is simply not possible in relation to collective mechanisms”. HODGES, Christopher. Ob. cit. p.86.

problema, deixando de lado a comparação entre modelos parecidos e colocando como parâmetro a tribo *Azande*. Seria com a observação desse povoado que o paralelismo norte-americano chegaria ao seu limite. Assim como água e óleo, as diferenças seriam aparentemente indissolúveis, não permitindo qualquer forma de aproximação.

Resumindo o problema, o autor demonstra de maneira minuciosa como os *Azande* ofereciam em sua sociedade um espaço de protagonismo à *magia*. Em diferentes esferas sociais, essa pequena tribo localizada na África Central adotaria o feitiço como critério de atuação, conferindo-lhe papel de destaque. E a resolução de disputas não estaria fora desse jogo, também possuindo natureza predominantemente *oracular*.

Essa questão é elucidada por Evans Pritchard, explicando que, entre as diferentes formas de *bruxaria* que faziam as vezes de *processo* naquela civilização, a mais valiosa era fornecida pelo feitiço *benge*²⁰⁷. Aos nossos olhos, a sua essência seria bastante simples e rudimentar: diante do conflito, dava-se uma pequena dose de veneno (*benge*) a um filhote de ave, aguardando sua reação²⁰⁸. Para eles, porém, o desfecho traria consigo um sinal de divindade: a morte ou a sobrevivência do animal representaria um ato do *oráculo*, expressando sua vontade quanto à disputa²⁰⁹. Seria esse o fator determinante de seu resultado.

²⁰⁷ Nas palavras de Evans-Pritchard (1902=1973), “the poison oracle, *benge*, is by far the most important of the Zande oracles. Zande rely completely on its decisions, which have the force of law when obtained on the orders of a prince. A visitor to Zandeland hears as much of the poison oracle as he hears of witchcraft, for whenever a question arises about the facts of a case or about a man’s well-being they at once seek to know the opinion of the poison oracle on the matter. In many situations where we seek to base a verdict upon evidence or try to regulate our conduct by weighing of probabilities the Zande consults, without hesitation, the poison oracle and follows its directions with implicit trusts. No important venture is undertaken without authorization of the poison oracle. In important collective undertakings, in all crises of life, in all serious legal disputes, in all matters strongly affecting individual welfare, in short, on all occasions regarded by Azande as dangerous or socially important, the activity is preceded by consultation of the poison oracle”. EVANS-PRITCHARD, Edward Evans. *Witchcraft, Oracles, and Magic among the Azande*. Oxford: Oxford University Press, 1976. p.121-122.

²⁰⁸ “The method of revealing what is hidden by administering poison to fowls has a wide extension in Africa; but just as the Azande are the most north-easterly people who have the notion of witchcraft as a material substance in the belly, so also is their culture the north-easterly limit of the distribution of this type of oracle. They are the only people in the Anglo-Egyptian Suddan who employ it. The poison used is a red powder manufactured from a forest creeper and mixed with water to a paste. The liquid is squeezed out of the paste into the beaks of small domestic fowls which are compelled to swallow it. Generally violent spasms follow. The doses sometimes prove fatal, but as often the fowls recover. Sometimes they are even unaffected by the poison. From the behaviour of fowls under this ordeal, especially by their death or survival, Azande receive answers to the questions they place before the oracle. The botanical nature of the poison has not been determined, but its chemical nature has been roughly analysed”. Idem. p.120-121.

²⁰⁹ Na explicação de Chase, “depois de questionar os acusados sobre se aceitariam o julgamento do oráculo, com o que eles prontamente assentiam, o chefe ordenava que a questão fosse remetida ao *benge* e que a sessão fosse adiada. A consulta ao *benge* ocorria fora do tribunal alguns dias depois. Um servidor segurava um filhote de galinha e o forçava a engolir uma pequena quantidade de um fluido contendo o místico *benge*, uma substância tóxica ritualmente preparada. Um interrogador então se dirigia ao oráculo, de maneira simples: “Oráculo, se (tal e tal) dormiu com (tal e tal), e se ele a conheceu como homem, (etc.) que o pintinho morra”. A questão era repetida várias vezes em uma forma ritualística de discurso. O pintinho morreu, provando então para a satisfação do interrogador a ocorrência do adultério. O oráculo foi novamente consultado, dessa vez sobre a conduta da ré, com o mesmo resultado”. CHASE, Oscar G. Ob. cit. p.38.

Compreendido esse desenho geral, um primeiro olhar de estranhamento afastaria qualquer possibilidade de que o processo brasileiro apresentasse semelhanças com o modelo *Azande*. De um lado, estaria uma estrutura pretensamente pautada pela possibilidade de participação e pela racionalidade técnica. De outro, algo que para nós se limita a uma ordália aleatória. Dois cenários aparentemente opostos, inexistindo espaços comuns ou pontos de conjugação.

Contudo, colocando lentes críticas sobre a questão, entendemos que essa aparência é falsa e que o abismo entre os dois modelos não é tão profundo quanto se poderia supor. E isso porque, seja em nosso devido processo ou no feitiço *zande*, o problema central a ser enfrentado acaba sendo rigorosamente o mesmo: a procura por *legitimidade* no contexto cultural. Só assim a atividade resolutiva pode se manter perene, fazendo com que a comunidade a *aceite* sem um recurso exclusivo à violência²¹⁰. E nisso os dois sistemas são iguais. Falar em fundamentação das decisões ou em compreensão dos sinais de magia é tocar a mesma nota, mas com afinação adaptada ao gosto da plateia.

Considerando esse pano de fundo, a função do processualista pode ser equiparada a de um maestro que, para conduzir um espetáculo, comanda uma orquestra composta por inúmeros instrumentistas. Nessa oportunidade, sua criatividade pode levá-lo a soar desde toques tribais até óperas, passando por *rock'n roll* ou por *jazz*. O filtro decisivo será a própria aceitação do público que se encontra no local. É esse o parâmetro que fará com que a matéria trilhe por caminhos desiguais, gerando uma inevitável dissemelhança.

Assim, considerando que para os seus destinatários a decisão baseada no *benge* possuiria caráter *divino*, o fato de hoje ela nos parecer irracional pouco importa. Até porque essa incredulidade certamente seria recíproca: trazendo ao Brasil de hoje um *zande* que viveu aquele período, é crível que a existência de um modelo processual que desconsidera a vontade oracular também lhe causasse estranheza. Aplica-se com precisão o critério utilizado por Hart

²¹⁰ Conforme Gilley, “the concept of political legitimacy is central to virtually all of political science because it pertains to how power may be used in ways that citizens consciously accept (...) political legitimacy is a major determinant of both the structure and operation of states. There is a general presumption that its absence has profound implications for the way that states behave toward citizens and others. States that lack legitimacy devote more resources to maintaining their rule and less to effective governance, which reduces support and makes them vulnerable to overthrow or collapse. Within the ruling elite, doubts about legitimacy undermine self-esteem, which creates splits that accelerate this process. More generally, the concept has become a central part of modern political discourse, perhaps owing to the emancipatory impact of globalization. In our global era, states that rely only on coercion or individual payoffs are unstable. From apartheid South Africa to crony-ridden Indonesia, illegitimate regimes have been quickly replaced by unaccepting societies. Nothing will turn heads more than a cry of ‘legitimacy crisis’”. GILLEY, Bruce. The meaning and measure of state legitimacy: Results for 72 countries. In. *European Journal of Political Research*. n.45. Oxford: Blackwell Publishing, 2006. p.499.

para compor sua *regra de reconhecimento*²¹¹, notando-se que a cisão entre o observador *interno* e o observador *externo* também vale para o processo²¹². Igualmente aqui, é o consentimento interno que levará o sistema resolutivo a ser aceito de maneira legítima, podendo se perpetuar²¹³.

Compreendidas as coisas dessa forma, observamos que a semelhança entre o julgamento *Azande* e o nosso processo civil é maior do que se poderia pensar. Ambos se prestam aos seus próprios ambientes culturais, internalizando-os e os reproduzindo; aproximam-se dois polos cuja diferença parecia radical, em um raciocínio que poderia ser ainda empregado para qualquer outra localidade. Não importa o lugar, o direito processual traz consigo uma constante necessidade de legitimação. E, na realidade brasileira, essa procura parece em diferentes oportunidades ter enveredado a disciplina para o caminho do *ritual*.

Afinal, por qual motivo utilizamos togas em nossos Tribunais? A vestimenta é um costume de nossa sociedade? E o vocabulário adotado nas sessões de julgamento? Expressões linguísticas como “excelentíssimo”, “egrégio” ou “colenda” fazem parte de nosso linguajar

²¹¹ Conforme Hart (1907-1992), “the simples form of remedy of the uncertainty of some of the régime primary rules is the introduction of what we shall call a ‘rule of recognition’ (...) the existence of such a rule of recognition may take any of a huge variety of forms, simple or complex (...) this is not the crucial step, though it is a very important one: what is crucial is the acknowledgment of reference to the writing or inscription as authoritative, i.e., as the proper way of disposing of doubts as to the existence of the rule”. Explicando a questão, Bruno Torrano pontua que “nesse cenário, a regra de reconhecimento hartiana surge como a norma secundária que, resolvendo o problema da *incerteza* do direito, determina em última análise quais regras jurídicas são vinculantes em uma dada comunidade. É, portanto, a norma que apõe em outras normas o selo da juridicidade”. Cita-se, HART, Herbert L.A. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 1988. p.92. TORRANO, Bruno. Ob. cit. p.129.

²¹² “The use of unstated rules of recognition, by courts and others, in identifying particular rules of the system is characteristic of internal point of view. Those who use them in this way thereby manifest their own acceptance of them as guiding rules and with this attitude there goes a characteristic of vocabulary different from the natural expressions of external point of view. Perhaps the simplest of these is the expression, ‘It is the law that ...’, which we may find on the lips not only of judges, but of ordinary men living under a legal system, when they identify a given rule of the system (...) this attitude of shared acceptance of rules is to be contrasted with that of an observer who records ab extra the fact that a social group accepts such rules but does not himself accept them. The natural expression of this external point of view is no ‘It is the law that...’, but ‘In England they recognize as law...whatever the Queen in Parliament enacts’. The first of these forms of expression we shall call an internal statement because it manifests the internal point of view and is naturally used by one who, accepting the rule of recognition and without stating the fact that it is accepted, applies the rule in recognizing some particular rule of the system as valid. The second form of expression we shall call an external statement because it is the natural language of an external observer of the system who, without himself accepting its rule of recognition, states the fact that others accept it”. HART, Herbert L.A. Ob cit. p.99.

²¹³ Menciona-se, aqui, a ressalva posta por Tamanaha a respeito da própria legitimação do primado do *rule of law*. Em seus dizeres, “in order for the rule of law to exist, people must believe in and be proper and existing part of their political-legal system. This attitude is not itself a legal rule. It is a shared political ideal that amounts to a cultural belief. When this cultural belief is pervasive, the rule of law can be resilient, spanning generations and surviving episodes in which the rule of law is flouted by government officials. When this cultural belief is not pervasive, however, the rule of law ends up being either weak or non-existent”. TAMANAHA, Brian Z. A Concise Guide to the Rule of Law. In. PALOMBELLA, Gianluigi. WALKER, Neil. (coords). *Relocating the Rule of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2009. p.10-11.

comum? O uso do latim, corriqueiro na esfera forense, encontra igual respaldo no ambiente social?

Os questionamentos revelam que a conclusão traçada por Chase para o contexto estadunidense também se aplica em boa conta ao nosso modelo. Igualmente aqui há uma espécie de aproximação entre o sacro e o jurisdicional ²¹⁴. Dos prédios vultosos que sediam nossas Cortes, aos hábitos peculiares identificados em sua atuação, cria-se uma imagem de incolumidade e de sapiência ²¹⁵. Esses atributos acabariam teoricamente imantando sua decisão e facilitando que se aceitasse o seu conteúdo. Contudo, também reforçariam o afastamento entre o “*profissional*” e o “*leigo*”, em um hiato que não tenderia a se estreitar.

Enfim, utilizando mais uma vez a metáfora, o atual trabalho do processualista se equipara ao de um maestro que assume a orquestra em meio ao concerto. Não há como apagar o que foi feito até ali, mas os próximos aplausos exigem que as expectativas da *plateia* sejam *absorvidas* e que o show se *adapte* a elas. Só assim eles irão superar as vaías, e o espetáculo cumprirá adequadamente sua função. Em todo o caso, o risco continua sendo o mesmo: o de que o *maestro* deixe de lado o auditório, fazendo soar a música que ele próprio pretende ouvir. Nessa hipótese, o afastamento entre os livros e a realidade tende a cobrar seu preço, levando novamente ao problema de legitimação.

²¹⁴ “Seja na Suprema Corte dos Estados Unidos ou em um Tribunal estadual, um magistrado quase nunca exercerá sua atividade jurisdicional sem uma toga preta, traje cujas demais utilizações na realidade estadunidense acabam se limitando a outros eventos também cerimoniais, como os de ordem religiosa ou acadêmica. A toga, assim, torna implícito que seu usuário possui tanto o conhecimento quando a tarefa divina e que a ocasião apresenta um toque de especialidade. Outro dado relevante é o lugar. O julgamento ocorre em um local especificamente designado que incorpora de maneira proposital expressões de poder culturalmente reconhecíveis. A poltrona do juiz é mais alta e vultosa do que todas as demais do local, de modo que qualquer um que se dirija a ele deve “olhar para cima”. A própria sala raramente não é uma construção grandiosa (...) Para um jurado atento, esta menção, posta em metal escovado em meio à estrutura de madeira situada nas costas do julgador, “confirma a arquitetura sacra: o altar como a poltrona do magistrado, o coral como o local do júri, o átrio como o posto de testemunho, a estrutura da balastrada apartando a congregação e os poderes locais situados diante de si””. CHASE, Oscar G. Ob. cit. p.165.

²¹⁵ Percebendo esse tipo de aproximação, Laércio Becker assim pontua: “a grandiosidade, as cores padronizadas, as vestes talares, presentes nas procissões e nos ritos forenses (...) é interessante observar o denodo com que o legislador costuma normatizar essa questão aparentemente irrelevante no âmbito forense. Os magistrados de segunda instância tinham por vestes talares a beca, a capa e o barrete (...) no Brasil colônia, um Alvará de 09.04.1600 ordenou que os desembargadores vestissem becas e um Alvará de 30.06.1652 estabeleceu que eles deveriam usar a garnacha. No tempo do Império, pelo Aviso nº 447, de 05.01.1837, ficou expressamente estabelecido que eles não poderiam atuar vestidos de casaca. Nem o juiz de paz escapava da regulamentação das vestes (...) o que se vê nessa regulamentação toda é, basicamente, o seguinte: o ritual e a indumentária sendo utilizados como barreiras de *acesso à fala*. I.e, não só filtram o acesso do leigo como condicionam o próprio exercício profissional dos operadores jurídicos”. BECKER, Laércio A. Erosão do Sagrado Processual. In. *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012. p.146-147.

4. Atando as pontas: o ceticismo moderado e o processo civil

Os argumentos trazidos no capítulo anterior demonstram que, diante da natureza maleável do processo civil, há espaço propício para que ele seja submetido a um exame de *ceticismo moderado*. Sem negar a possibilidade de sua análise e dos seus discursos, é sempre possível problematizá-los, compreendo-os de forma contextual e balizada.

A partir desse suporte, o presente capítulo procura aplicar essa abordagem a diferentes (e exemplificativos) aspectos relacionados à disciplina. Para tanto, coloca-se em cheque, inicialmente, a própria possibilidade de que discursos de *autoridade plena* se imponham em seu campo: afinal, há um processo *correto*?

Feita essa provocação, passa-se a problematizar o *procedimento* que precede a atuação jurisdicional. Com efeito, considerando que se tem tornado comum definir o próprio processo como um *procedimento* qualificado pelo contraditório ²¹⁶, o aspecto é essencial para a compreensão da matéria. Justifica-se, assim, submetê-lo ao crivo do *ceticismo moderado*.

Nesse particular, a avaliação aqui trazida é dividida em algumas frentes. Em diferentes momentos, colocam-se em pauta temas como os *prazos processuais*, o nosso regime de *preclusão* ou a nossa mentalidade relacionada ao *sistema recursal*. E em cada um dos pontos se procura desmistificar qualquer tipo de argumento de verdade, compreendendo que o processo pode admitir diferentes composições.

Por qual motivo se ouvem três, e não duas testemunhas? Por que determinados títulos são executivos, e outros não? A partir de um juízo crítico, questões como essas se tornam recorrentes, em um percurso repleto de espaço para a criatividade e para a desconstrução.

4.1. A maleabilidade e o quadro sociocultural: há um processo correto?

O objeto de investigação do presente ponto é expresso pela própria questão que lhe serve de título, podendo ser concebido sob dois enfoques diversos. Em um primeiro,

²¹⁶ “È difficile per lo studioso individuare altre note fisionomiche comuni a tutti i tipi di procedimento, senza correre il rischio di operare indebite generalizzazioni di caratteristiche della figura di procedimento con cui egli, in forza della specializzazione degli studi giuridici, ha maggiormente a che fare (...) è preferibile pertanto lasciare quest’ultimo campo per concentrare l’attenzione sul processo civile, richiamando innanzitutto le sue note di specialità rispetto al *genus* procedimento (...) la nota fondamentale di specialità del processo rispetto alla figura madre è stata colta nella sua struttura dialettica, cioè nel contraddittorio”. CAPONI, Remo. *La Rimessione in Termini nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 1996. p.11-12.

relacionado a um discurso filosófico moderno ²¹⁷, seria colocada em cheque a existência de um modelo processual capaz de se impor de forma *universal*. Já em um segundo, de pretensão mais modesta, o foco é contingencialmente limitado, sujeitando-se a parâmetros de ordem territorial ou cultural. A indagação se desdobra assim em dois níveis, ditados pela ambição de quem pretende respondê-la positivamente.

Iniciando pela primeira dimensão, identificamos que o seu projeto é extremamente amplo, pautando-se na possibilidade de se sustentar que determinada forma de resolução de conflitos é a *mais adequada* em termos hipotéticos e absolutos. E, em nossa visão, essa pretensão deve ser prontamente descartada, a partir dos próprios argumentos já trazidos no curso do atual estudo. Considerando que falamos sucessivas vezes sobre a natureza conjectural do processo e sobre sua capacidade de adaptação, a resposta diversa estaria aqui desguarnecida de qualquer sentido.

Em relação a esse aspecto, é interessante observar que a tentativa de transposição intercultural de modelos de resolução de disputas estaria sujeita às mesmas críticas que, há cerca de quatro décadas, foram desferidas por Trubek e por Galanter contra o próprio conhecimento jurídico de um modo geral ²¹⁸. A crítica impactou o argumento do *law and development*, fazendo com que essa linha teórica passasse a se alinhar menos firmemente à ideia de “modernização” e à importação de estruturas que lhe era peculiar ²¹⁹. Em poucas

²¹⁷ Explicando esse ponto, Rouanet destaca que “o projeto civilizatório da modernidade tem como ingredientes principais os conceitos de universalidade, individualidade e autonomia. A universalidade significa que ele visa todos os seres humanos, independentemente de barreiras nacionais, étnicas ou culturais. A individualidade significa que esses seres humanos são considerados como pessoas concretas e não como integrantes de uma coletividade e que se atribui valor ético positivo à sua crescente individualização. A autonomia significa que esses seres humanos individualizados são aptos a pensarem por si mesmos, sem a tutela da religião ou da ideologia, a agirem no espaço público e adquirirem pelo seu trabalho os bens e serviços necessários à sobrevivência material”. Na sequência, porém, o próprio autor afirma que “esse projeto civilizatório está fazendo água por todas as juntas”. Cita-se, ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 09.

²¹⁸ Desse modo, TRUBEK, David. GALANTER, Mark. Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States. In. *Wisconsin Law Review*. n.4. Madison: Wisconsin University Press, 1974..

²¹⁹ Explicando essa mentalidade, Davis e Trebilcock afirmam que, “com base na teoria da modernização, a primeira onda de teóricos do direito e desenvolvimento que surgiu na década de 1960 presumia que a difusão do direito ocidental para o Terceiro Mundo ajudaria em sua modernização. Com efeito, acreditava-se que o direito moderno era o “pré-requisito funcional de uma economia industrial”. Influenciada por Weber, uma forte concepção instrumentalista do direito estava na base dessa visão da relação entre direito e desenvolvimento. Tal como definida por Burg, essa concepção “considera o direito uma força que pode ser moldada e manipulada para alterar o comportamento humano e alcançar o desenvolvimento”. Ela “concentra-se sobretudo nas normas substantivas do direito, espera do Estado a promulgação dessas normas e reserva para a profissão jurídica um papel proeminente na formulação delas”. Essa concepção do direito como um instrumento de desenvolvimento, e não apenas de resposta a ele, bem como a visão do jurista como um “engenheiro social” estava totalmente de acordo com a “necessidade percebida de mudanças dirigidas e rápidas” que subjazia à noção de desenvolvimento da escola da modernização”. E, na sequência, os mesmos teóricos demonstram a diversidade de formas assumida pelo *law and development* após a superação do monopólio desse discurso modernizador. Ver, assim, DAVIS,

palavras, tornou-se comum sustentar que não seria dado ao Direito agir de modo vertical e imperativo, impondo mudanças amplas sem estar atento a aspectos e a peculiaridades contextuais²²⁰.

Ainda nesse sentido, vale recordar novamente o exemplo trazido no capítulo anterior, relacionado ao modelo de resolução de disputas utilizado em território africano pela tribo *Azande*. É que, conforme demonstrado por Chase, a tentativa inglesa de substituir esse sistema por uma estrutura mais próxima à lógica ocidental até hoje é pouco aceita²²¹. Uma vez mais, observamos que o problema é de *legitimidade*. E não há como estabelecer um parâmetro *a priori*, desatento ao mundo real, que possa satisfazer universalmente essa questão.

Dessa forma, a primeira possibilidade de se falar em um modelo *ideal* de processo não nos parece idônea. Em atenção à natureza cultural da disciplina, não há como estabelecer uma estrutura pretensamente superior às demais, desconsiderando a plateia e o local do espetáculo. Restaria, assim, a segunda investigação relacionada ao problema, fundada em uma lógica mais restrita e limitada. Exemplificando: é possível, hoje, falar em um *processo correto* para o Brasil?

A resposta a essa indagação constitui um ponto essencial para que a atividade processual se una ao *ceticismo moderado*, dialogando com suas premissas e revelando uma de suas principais virtudes. Isso porque, diante de seu traço *argumentativo* e *flexível*, a disciplina nos parece estar *sempre* suscetível aos juízos valorativos do seu estudioso. Trata-se de um edifício em constante construção, mas aberto para divergência de opinião sobre os seus próximos passos. Enquanto determinado arquiteto pode propor que um novo pavimento seja cercado de vidro, outro profissional pode defender o uso de revestimentos em pastilha. E nenhum dos dois estaria errado, havendo somente uma dissonância de ponto de vista. O mesmo ocorre com o direito processual.

Dessa maneira, conforme analogia realizada em momento anterior, é possível que na

Kevin E. TREBILCOCK, Michael J. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. In. *Revista Direito GV*. Trad. Pedro Maia Soares. n.5. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2009. p.217-268. Do mesmo modo, TRUBEK, David. SANTOS, Alvaro. *The New Law and Economical Development – a critical appraisal*. New York: Cambridge University Press, 2006.

²²⁰ Demonstrando o impacto trazido por esse raciocínio no âmbito da relação entre direito e desenvolvimento, DAVIS, Kevin E. TREBILCOCK, Michael J. Ob. cit.

²²¹ “Sob a dominação britânica, que se iniciou por volta da virada do século XIX, a justiça oracular foi censurada e os reis Zande perderam a maior parte de sua autoridade sobre conflitos jurídicos. Os Azande não foram receptivos ao novo sistema de solução de litígios imposto pelos britânicos, já que o julgamento de oráculos não era mais aceito: “[E]les não aprovam os métodos europeus, porque em sua opinião a única prova concreta de culpa ou inocência não é autorizada.” Mesmo os acusados preferiam a forma tradicional de determinação dos fatos, porque nos termos dos procedimentos europeus eles poderiam ser condenados com base apenas no depoimento de uma mulher”. CHASE, Oscar G. Ob. cit. p.52-53.

realidade brasileira diferentes intérpretes da disciplina considerem necessário conduzir a orquestra de maneira também distinta. Afinal, o processo civil reflete o ambiente em que está inserido, e o nosso ambiente das últimas décadas é ele próprio bastante indeterminado²²². Em um país continental e plural, a multiplicidade de vozes e de ideias dá as cartas do jogo. No campo *jurídico*, esse movimento é emoldurado pelo texto constitucional de 1988, expondo um traço ao mesmo tempo virtuoso e desafiador.

Com efeito, é comum que se afirme que nossa Constituição possui natureza *heterodoxa*. Por meio do termo, procura-se indicar o fato de o diploma ter conferido espaço a diferentes discursos e a ideologias variadas. Estaria assegurada aí a sua índole *democrática*, desviando a sequência de cartas monotemáticas que até então compunha o histórico de nosso Direito²²³. Superado o regime ditatorial e valorizadas questões como a representatividade, o panorama jurídico também acabaria se readequando. E a ordem constitucional tomou essa atividade para si, procurando espelhar de alguma forma as falas existentes no espaço social. O confronto entre essa premissa teórica e a sua aplicação fática, porém, nem sempre é remansoso.

Como é possível conjugar um Estado instituído “*sob a proteção de Deus*”²²⁴ com

²²² Como posto por José Maurício Domingues, “é possível pensar em “tradições”, muito variadas e com características que não podem ser subsumidas pela idéia modernista de “tradição” no singular, compartilhando contudo uma complexa imbricação das três formas de exercício da reflexividade (...) a modernidade, com suas próprias tradições, é uma das direções de reencaixe de que indivíduos e grupos dispõem hoje, para se reinserir nas relações sociais e reconstruir identidades. Outras direções são providas por tradições diversas, mais ou menos vivas nas sociedades modernas contemporâneas, destacando-se, é claro, em sociedades modernas não ocidentais, nas quais a modernidade surgiu originalmente como uma imposição ou uma importação, ou seja, como fenômeno não autóctone. O Brasil é um caso em certa medida deste tipo, ainda que tenha sofrido grande influência da modernidade ibérica em seus primórdios e deva sua existência à expansão ocidental que contribuiu para a gestação da modernidade. Assim, diversas tradições, reflexivamente trabalhadas, misturam-se e conformam uma modernidade plural e diferenciada, mediante reencaixes de múltiplos tipos e conteúdos”. DOMINGUES, José Maurício. Reflexividade, individualismo e modernidade. In. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v.17. n.49. São Paulo: ANPOCS, 2002.

²²³ “O Império de viés autoritário, fundado em uma Carta outorgada, converteu-se em um Estado constitucional democrático e estável, com alternância de poder e absorção institucional das crises políticas. Do regime escravocrata, restou-nos a diversidade racial e cultural, capaz de enfrentar – não sem percalços, é certo – o preconceito e a discriminação persistentes. Não foi uma história de poucos acidentes. Da Independência até hoje, tivemos oito Cartas constitucionais: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988, em um melancólico estigma de instabilidade e de falta de continuidade das instituições. A Constituição de 1988 representa o ponto culminante dessa trajetória, catalizando o esforço de inúmeras gerações de brasileiros contra o autoritarismo, a exclusão social e o patrimonialismo, estigmas da formação nacional”. BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. In. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, Gustavo Binenbojm. (org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.27.

²²⁴ “Preâmbulo. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

uma Administração obrigatoriamente laica ²²⁵? “*Livre iniciativa*” e “*livre concorrência*” dialogam, na mesma frase, com “*função social da propriedade*” e “*redução da desigualdade*” ²²⁶? Em um só toque, é plausível anunciar a constituição de uma sociedade “*livre*” e exigí-la “*solidária*” ²²⁷?

As dissonâncias do texto constitucional revelam a pluralidade que se situa em sua base ²²⁸. E, em nossa visão, é essa também a tônica do recém-aprovado novo Código de Processo Civil ²²⁹. Há movimentos concomitantes que procuram impulsionar a disciplina para lados opostos, refletindo a natureza plúrima de nosso ambiente cultural e de nossas instituições. Essa pluralidade não é necessariamente prejudicial ²³⁰. Contudo, é certo que a sua

²²⁵ “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

²²⁶ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

²²⁷ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

²²⁸ “O processo constituinte teve como protagonista uma sociedade civil que amargara mais de duas décadas de autoritarismo. Na euforia – saudável euforia – de recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um notável exercício de participação popular. Nesse sentido, é inegável o seu caráter democrático. Mas, paradoxalmente, essa abertura para todos os setores organizados e grupos de interesse fez com que o texto final expressasse uma vasta mistura de reivindicações legítimas de trabalhadores e categorias econômicas, cumulados com interesses cartoriais, reservas de mercado e ambições pessoais. A participação ampla, os interesses múltiplos e a já referida ausência de um anteprojeto geraram um produto final heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilantes entre extremos”. BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988. p.57.

²²⁹ “A assertiva encontra respaldo. Afinal, como previamente mencionado, o diploma se declara ao mesmo tempo comprometido com o “*contraditório estendido*” e com a “*duração razoável do processo*”. Consagra ainda os valores da *legalidade* e da *eficiência*, mas também positiva os alicerces para a *contratualização* e para a *cooperação processuais*. Em resumo, valoriza aspectos plurais e cuja aplicação nem sempre será pacífica, correndo o constante risco de perder de vista a coerência interna”.

²³⁰ Veja-se, por exemplo, que Sunstein concebe a abertura da Constituição e a sua constante capacidade de mutação como uma das principais virtudes para que se construa um arranjo institucional socialmente adequado. Isso, de início, pela natureza contextual que deveria ser atribuída aos valores públicos, identificando sua maleabilidade. E, na sequência, pelo fato de essa estipulação constante recomendar uma ressignificação democrática do próprio espaço público, conferindo papel minimalista aos Tribunais. Corroborando a primeira ideia, afirma-se que “many people claim that the Constitution must be interpreted in their preferred way. They

presença recomenda um novo filtro de cautela e de atenção.

Esse fundo teórico é mais uma vez facilitado ao recorrermos à via exemplificativa. Nesse sentido, imaginemos que se encontra em debate em nossas Casas Legislativas a adoção de uma ferramenta voltada a vincular toda decisão de primeiro grau ao posicionamento dos Tribunais Superiores. Com um conteúdo amplíssimo, o mecanismo permitiria que se decidisse *in limine* tanto pela procedência quanto pela improcedência da demanda. E, em seu debate, haveria teóricos bradando das mais diferentes maneiras. Alguns atacariam a técnica, considerando-a contrária à ampla defesa e ao contraditório. Outros a defenderiam, sustentando sua importância para a duração razoável do processo e para a efetividade jurisdicional. Quais deles estariam *corretos*?

Acreditamos que a resposta é pautada pelo relativismo: *todos* estariam certos a partir de sua própria perspectiva quanto ao processo; contudo, *nenhum* estaria correto o bastante para clamar pela autoridade exclusiva do seu argumento, e pela consequente exclusão dos demais. No cenário complexo do direito processual civil contemporâneo, o binômio *verdadeiro/falso* em inúmeras oportunidades se mostra insuficiente. Há espaço para a criatividade do teórico, fazendo com que sua construção (subjativa) esteja submetida ao constante crivo do debate e do convencimento.

Assim, seja no contexto mais amplo ou no mais limitado, consideramos que a conclusão é a mesma: não há como se falar em um processo civil *correto*. Seu caráter retórico e sua natureza flexível levam a essa constatação, permitindo que diferentes observadores extraiam constatações também discrepantes quanto à matéria e aos seus instrumentais.

Nesse momento, porém, o leitor poderia arguir qual o ganho trazido por esse aspecto à composição da disciplina. Afinal, para que ele serve?

Por mais que provida de aparência simples, a resposta nos parece decisiva. Em nosso

insist that the very idea of interpretation requires judges to adopt their own method of construing the founding document. These claims are wrong. No approach to constitutional interpretation is mandatory. Any approach must be defended by reference to its consequences, not asserted as part of what interpretation requires. We can go further. No approach to constitutional law makes sense in every imaginable nation or in every possible world. The argument for any particular approach must depend, in large part, on a set of judgments about institutional capacities – above all, about the strengths and weaknesses of legislatures and courts”. Sustentando a segunda, destaca-se que “in its procedural form, judicial minimalism consists of an effort to limit the width and depth of judicial decisions. Thus understood, minimalism has distinctive virtues, especially in a heterogeneous society in which reasonable people often disagree. When judges lack, and know they lack, relevant information, minimalism is an appropriate response. Sometimes, judicial minimalism is a reasonable or even inevitable response to the sheer practical problem of obtaining consensus amid pluralism. Within the Supreme Court, as within other institutions, this problem produces incompletely specified abstractions and incompletely theorized, narrow rulings. And sometimes minimalism is a way for people who disagree to show one another mutual respect”. Ver, assim, SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds*. Princeton: Princeton University Press, 2009. p.22. SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p.259.

entendimento, o reconhecimento de que o processo é contrário a respostas *definitivas* é de extrema relevância na medida em que, uma vez posto, impõe ao seu teórico uma constante postura de *humildade intelectual*.

Ao perceber a possibilidade de que a disciplina ofereça espaço para diferentes *discursos*, cabe ao estudioso sustentar por qual motivo o seu é a mais *compatível* com o nosso atual contexto. Isso, porém, não o transforma em verdade irreparável ou em resposta absoluta, e tampouco afasta a existência de argumentos alternativos relacionados à questão. Em um contexto plural, é razoável que diferentes maestros compreendam de maneira também diversa os anseios do público. A natureza argumentativa da disciplina abre as portas para esse tipo de situação, deslocando as batalhas para os planos da doutrina, da legislação e dos Tribunais. É ali que determinada análise buscará seu predomínio, podendo prevalecer.

Demonstrando esse tópico, adotamos uma situação teórica pontual. Suponhamos que, ao analisar a tutela coletiva em território brasileiro, determinado estudioso entenda que é necessário instituir mecanismos mais adequados para a proteção aglutinada de interesses individuais. Nesse sentido, imaginemos que ele sustenta que a efetividade da matéria é dificultada pela abordagem conceitualista e conciliadora de nosso regramento da ação civil pública, concluindo que sua melhoria pressupõe uma releitura das instituições tradicionais do processo²³¹. Diante de tal situação, o que embasaria esse raciocínio? Estaria ele, *de per si*, correto?

Não nos parece ser o caso. É que, embora o entendimento acima seja cabível, consideramos imprescindível que ele esteja lastrado por um argumento de fundo fático e contextual. Assim, seria possível no máximo afirmar que, *no nosso atual momento*, a coletivização de direitos seria a alternativa mais adequada por permitir a obtenção de diversos benefícios²³². A questão aproxima os livros e a realidade, reconhecendo que, se o mundo dos

²³¹ Ou, como se afirmou em outra ocasião, “para que se construa um sistema efetivo de tutela coletiva de direitos, abdicando de projeções imanentes ao individualismo liberal, é preciso que se rompa em alguma escala com o conceitualismo e com o formalismo, em favor de uma postura mais pragmática. Nesse passo, ao invés de elevar conceitos e cláusulas ao posto de dogmas sem compreender a realidade em que se situam, é preciso reler o processo coletivo a partir de suas funções, viabilizando alternativas procedimentais e interpretativas capazes de alcançá-las. É esta a força matriz da *class action* e dos modelos que (sem abdicar do instrumentalismo) nela se inspiram. Um processo com menos formas e conceitos, e mais aderência à realidade e aos seus resultados”. OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos*. p.161-162.

²³² É que “uma técnica calcada na eficiência processual, e não em suas potenciais lacunas procedimentais, possui como justificativa os próprios benefícios e vantagens que possa trazer ao exercício jurisdicional. É esse o fundamento que pode embasar sua instituição, e, simultaneamente, o vetor que deve determinar em quais hipóteses seu uso será recomendado”. E, nesse “nesse ponto, é irreparável a afirmação de Rachel Mulheron, que ao analisar as técnicas de aglutinação em um contexto global demonstra que, caso a teoria fluísse de maneira ideal (com acesso total à justiça e organização com recursos ilimitados da estrutura judiciária), elas possivelmente sequer seriam necessárias. É que *o mecanismo não se volta à perfeição, mas à proporcionalidade*. Como lembra Castro Mendes, a coletivização rompe com essa espécie de utopia, representando um projeto

fatos é fluído, também o discurso teórico não pode se propor imutável.

Mais que isso, em um cenário marcado por *complexidades*, qualquer dessas escolhas será tomada em um campo difuso e produzirá tanto *satisfação* quanto *insatisfação*. Por mais que se procure o diálogo e o consenso, há hiatos nos quais esse nó não parece desatável ²³³.

Dessa forma, compreendendo o processo com o *ceticismo* aqui proposto, vemos que a pluralidade a ser assumida pela disciplina permite diferentes desdobramentos. Ainda que nosso atual ordenamento não deixe dúvidas sobre o *prazo* para contestação e que o preceito deva ser respeitado, *nada obsta* que no plano teórico essa questão seja enfrentada. Por mais que vigore atualmente uma estrutura predominantemente escrita, não existe o que impeça a defesa de uma inclinação contrária. Não há processo *certo*, mas diferentes leituras relacionadas à matéria que podem *contextualmente* se impor.

4.2. *Mais processo ou menos processo?*

Com essas considerações, cria-se um pano de fundo capaz de problematizar as estruturas de nosso direito processual civil. E, diante desse propósito, uma primeira questão a ser apresentada possui contornos aparentemente simples: para perseguir a efetividade jurisdicional, devemos possuir *mais* processo ou *menos* processo? Além disso, caberia ainda indagar os impactos dessa provocação. Quais os seus pilares e os seus fundamentos? A que objetivos a análise se presta?

A observação desses aspectos recomenda que nos lembremos de que o processo civil contemporâneo só pode ser compreendido a partir da lógica circular de acoplamento entre as suas *ferramentas* e a sua *função*. Trata-se de decorrência da própria composição entre *estrutura* e *ação* que dá as cartas no espaço da sociedade, exigindo olhares atentos e um trabalho de contínua aproximação ²³⁴.

verdadeiramente compromissado com a efetividade processual. E a reavaliação das instituições clássicas do processo nos parece premissa *sine qua non* para esse trajeto”. Idem. p.95 e 137.

²³³ “É inegável que a hipercomplexidade da sociedade moderna, com uma diversidade incontrolável e contraditória de valores e interesses, torna praticamente impossível uma reconstrução racional do mundo da vida a partir da ação comunicativa em sentido estrito (orientada para o entendimento intersubjetivo). A ocorrência do consenso na interação é eventual. A multiculturalidade, por um lado, e a pluralidade de esferas autônomas de comunicação, por outro, implicam uma fragmentação do mundo da vida no que diz respeito às certezas e convicções partilhadas intersubjetivamente no cotidiano. Na sociedade contemporânea, o mundo da vida apresenta-se antes como espaço de reprodução do dissenso intersubjetivo. Em outras palavras, a intersubjetividade, linguisticamente construída, afirma-se sobretudo mediante a manifestação e o reconhecimento das divergências (...) o que se impõe como consensual para a continuidade das interações intersubjetivas é o respeito às divergências”. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.127-128.

²³⁴ “The problem of the relation between the individual and the society, or between action and social structure, lies at the heart of social theory and the philosophy of social science. In the writings of most major theorists,

Dessa forma, somente fará sentido investigar se é desejado *mais* procedimento caso se tenha em mente *para que* ele se presta, permitindo que se fale seriamente em seu aprimoramento. O problema é objetivo: de um lado, não há como desenvolver determinada ferramenta sem questionar o seu escopo; de outro, esse escopo só pode ser alcançado caso o arcabouço seja adequado. Demonstra-se assim a complementaridade entre as esferas, fazendo com que uma deva estar atenta à outra.

O uso desse raciocínio no campo estatal é corriqueiro, colocando-se constantemente como um termômetro de legitimação ²³⁵. Justifica-se assim o fato de, no ambiente essencialmente liberal, os ferramentais relacionados à esfera pública terem se pautado pelas balizas valorativas então predominantes (a segurança, a previsibilidade e a neutralidade). Da mesma forma, compreendemos que o avanço do *welfare* exigiu adaptações, modelando o campo de atuação estatal e trazendo consigo novos vetores. Em um panorama, todo esse percurso expõe a tentativa de harmonizar *objetivos e meios; finalidades e técnicas; enfim, função e estrutura*.

Como demonstrado, esse traçado também repercutiu na composição do direito processual. A exigência de maior previsibilidade e segurança fez com que o processo também se pautasse por esses valores. Por outro lado, diante da necessidade de um ente estatal mais protetivo e atuante, coube à matéria criar alternativas para também internalizar essa configuração. Há, assim, um movimento *contínuo e infindável*, voltado sempre a um mesmo objetivo: a garantia de *legitimidade*.

É dessa forma que, para enfrentar as questões trazidas no início do capítulo, é indispensável dar um passo atrás: afinal, o que se espera do direito processual civil? Apenas

from Marx, Weber and Durkheim to a variety of contemporary authors, this problem is raised and allegedly resolved in one way or another. Such resolutions generally amount to the accentuation of one term at the expense of the other (...) few questions in social theory remain as refractory to cogent analysis as the question of how, and in precisely what ways, the action of individual agents is related to the structural features of the societies of which they are part". THOMPSON, John B. The theory of structuration. In. THOMPSON, John B. HELD, David (coord.). *Social theory of modern society: Anthony Giddens and his critics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.p.56.

²³⁵ Conforme verbete elaborado por Lucio Levi, "podemos definir Legitimidade como sendo um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. A crença na Legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado (...) encarando o Estado sob o enfoque sociológico e não jurídico, constatamos que o processo de legitimação não tem como ponto de referência o Estado no seu conjunto, e sim nos seus diversos aspectos: a comunidade política, o regime, o Governo e, não sendo o Estado independente, o Estado hegemônico a quem o mesmo se acha subordinado. Conseqüentemente, a legitimação do Estado é o resultado de um conjunto de variáveis que se situam em níveis crescentes, cada uma delas cooperando, de maneira relativamente independente, para sua determinação". BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de Política*. Trad. João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p.675-676.

após a definição desse volante *funcional* se pode investigar e construir qualquer aspecto relacionado aos *mecanismos* de atuação da matéria. Só assim é viável estabelecer se precisamos de *mais* processo ou de *menos* processo, de *mais* procedimento ou de *menos* procedimento.

Para demonstrar esse aspecto, pensemos na seguinte situação: determinado indivíduo, ao observar o direito processual civil, concebe-o como um mecanismo de *segurança* e de *participação*. Em outros termos, valoriza os seus *meios*, conferindo protagonismo e cores vivas ao próprio procedimento. Nessa hipótese, seria bastante razoável que cogitasse um *aumento* do *processo*, priorizando a *forma* da atuação judicial. Consequentemente, questões como o *contraditório estendido* tenderiam a ser vistas como favoráveis à *efetividade* da matéria.

De outro lado, imaginemos que um sujeito compreende o processo civil como um mecanismo pautado especialmente pelos seus *resultados*; como uma forma de prestação de tutela *temporal* e *qualitativamente* adequada. Nessa hipótese, seria bastante provável que o mesmo mecanismo, relacionado à vedação de “decisões surpresa”, não fosse desejado. Afinal, se a *função* imputada à disciplina fosse a oferta de uma proteção *fática* adequada, nada haveria que justificasse a adoção de atos que não contribuíssem diretamente para esse fim.

Com essa visão mais ampla, constatamos que o próprio cânone da *efetividade* é *maleável*, submetendo-se a um constante trabalho de preenchimento interpretativo. Criticamente, também aqui é necessário problematizar discursos absolutos e perceber a essência argumentativa do problema, notando que esse *critério de qualidade* é condicionado. Apenas a partir da carga funcional imputada à disciplina será possível estabelecer a sua roupagem, em um trabalho reflexivo e inacabado.

Nesse sentido, a defesa de uma *ampliação* do processo pode ser adequada para aqueles que conferem maior peso aos seus *meios*, dando densidade às garantias relacionadas à *participação*. Contrariamente, a tentativa de *sumarizá-lo* tende a ser uma boa alternativa para quem prima pelo seu *resultado final* e atribui maior peso a essa axiologia. Entre ambos, não há resposta *correta*, mas um trabalho de convencimento. De todo modo, o passo decisivo nos parece partir sempre de uma mesma pergunta: o que se quer do processo? Será esse o *leitmotiv* a guiar qualquer reforma ou adaptação da disciplina.

Da mesma forma, a natureza complexa desse ambiente faz com que haja um funil imprescindível para o seu estudo: a *coerência*. Como exemplo, é possível que, ao analisar as garantias jurisdicionais, alguém conclua que o *devido processo* exige que qualquer indivíduo

atingido diretamente pelo litígio seja antes *ouvido* ²³⁶. O argumento é válido e pode ser defendido. Nessa circunstância, porém, torna-se necessário rejeitar a adoção de técnicas como a improcedência liminar de ações repetitivas ou as súmulas impeditivas de recurso ²³⁷. Em resumo, é preciso harmonizar *premissas e conclusões*.

4.3. Da crítica à técnica: prazos e preclusões

Corroborando esse arranjo, e exemplificando o impacto trazido ao direito processual por essa nova abordagem, cabe dedicar alguma tinta à análise dos *prazos* e das *preclusões processuais*. É que em nosso pensamento jurídico parece haver a crença de que esses elementos carregam uma “carga genética”, exigindo um arranjo contínuo e estável. Contudo, ao observá-los com o olhar aqui proposto, notamos que também eles dispõem de uma índole claramente contextual.

De fato, desde as suas primeiras lições o estudante do processo é confrontado com diversos aspectos relacionados à *contagem* e à *duração* dos seus prazos. O problema é usualmente trazido para o núcleo da investigação, sobrepondo a forma ao conteúdo e lhe conferindo um protagonismo artificial. Assim, mais do que compreender sua essência axiológica, observamos a disciplina como uma *técnica pura*. Seus aspectos políticos e ideológicos são deixados de lado, atribuindo às suas nuances procedimentais o posto mais essencial.

É partindo dessa lógica que surgem poucas dúvidas quanto ao fato de o *prazo* para a prática de um ato processual pela parte, quando comunicada por correio ou por oficial de justiça, ter início com a juntada aos autos do aviso de recebimento ou do mandado cumprido ²³⁸. Da mesma forma, é incomum que alguém desconheça que a contestação deve ser

²³⁶ É o caso de Nelson Nery Jr., para quem, entre outras dimensões, “o *devido processo (processo justo)* pressupõe a incidência da isonomia; do contraditório; do direito à prova; da igualdade de armas; da motivação das decisões administrativas e judiciais; do direito ao silêncio; do direito de não produzir prova contra si mesmo e de não se autoincriminar; do direito de estar presente em todos os atos do processo e fisicamente nas audiências”. NERY JUNIOR., Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2010. p.92.

²³⁷ Assim, não é por acaso que o próprio Nelson Nery Jr., mantendo coerência com suas premissas, posiciona-se da seguinte forma: “uma das leis da reforma do processo civil brasileiro acrescentou no CPC o art.285-A (caput e §1º e 2º), criando o instituto da improcedência liminar de ação repetitiva (...) embora o legislador tenha tido a intenção de criar mecanismo de aceleração do processo (CF 5º LXXVIII), a norma da lei federal é inconstitucional”. “Existe previsão legal para que o juiz não receba a apelação se a sentença tiver sido proferida de conformidade com súmula do STF ou do STJ (...) à primeira vista, o CPC 518 §1º parece contribuir para dar maior celeridade ao processo, atendendo ao mandamento da CF 5º LXXVIII, a pretexto de que o recurso teria poucas chances de ser provido. No entanto, “as garantias fundamentais do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição não permitem exercício de futurologia em detrimento do direito das partes”. Idem. p.92-96.

²³⁸ “Art. 231. Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo:

apresentada em quinze dias ²³⁹ ou que, havendo litisconsórcio, incidirá regra dilatória específica ²⁴⁰. Por fim, é também notório que, nessa contagem, será desconsiderado o dia inicial do *prazo* e considerado o seu termo final ²⁴¹.

Essa série de aspectos é reproduzida diariamente no nosso ambiente jurídico, possuindo assento cativo no processo civil brasileiro. Ocorre que, em que pese essa aparência de *naturalidade*, qualquer um dos seus elementos pode ser colocado em cheque no campo teórico. Afinal, por qual motivo o prazo disponível para contestação é de quinze dias, e não de sete ou de vinte? Sob qual fundamento o Poder Público dispõe de regras protetivas relacionadas a essa questão? Seria possível imaginar que o termo inicial de contagem dos *prazos* fosse alterado, assim como o seu lapso final?

Compreendidas as coisas *ceticamente*, constatamos que as respostas são marcadas pela porosidade e pelo relativismo, já que o nosso regime de *prazos* se encontra lastreado por *escolhas*. Ainda que em algumas hipóteses essa opção possa dispor de certo fundo concreto (como é o caso do regime especial para litisconsortes ²⁴²) e que em outras possa ser

I - a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação ou a intimação for pelo correio;

II - a data de juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça”.

²³⁹ “Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:

I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;

II - do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4o, inciso I;

III - prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos. ”

²⁴⁰ “Art. 229. Os litisconsortes que tiverem diferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos, terão prazos contados em dobro para todas as suas manifestações, em qualquer juízo ou tribunal, independentemente de requerimento.

§ 1º Cessa a contagem do prazo em dobro se, havendo apenas 2 (dois) réus, é oferecida defesa por apenas um deles.

§ 2º Não se aplica o disposto no caput aos processos em autos eletrônicos”.

²⁴¹ Como pontuado por Frederico Marques, “na contagem dos prazos marcados em número de dias, já dizia o Cód. Civil que eles se computam, “excluindo o dia do começo, e incluindo o do vencimento”, sendo que se o vencimento “cair em dia feriado, considerar-se-á prorrogado até o dia seguinte útil”. Essa regra, entre nós tradicional, foi alterada pelo Cód. De Proc. Civil, que no início de sua vigência assim estatuiu no art.27: “na contagem dos prazos, salvo disposição em contrário, incluir-se-á o dia do começo e excluir-se-á o do vencimento”. No entanto, o art. 3º do Dec.-lei nº 4.565, de 11 de agosto de 1942, restaurou o sistema tradicional”. MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p.267-268.

²⁴² Com efeito, a regra encontrou justificativa originária no fato de, ao litigarem com procuradores diversos, dever se pensar em alguma forma de garantir às partes igual possibilidade de acesso aos autos. É nesse sentido que, comentando o artigo 191 do Código de Processo Civil de 1973, Marinoni e Mitidiero afirmaram que “se há litisconsortes com procuradores diferentes, há prazo em dobro para responder à demanda, recorrer e, de modo geral, para falar nos autos (...) se as partes consorciadas têm vários advogados constituídos nos autos, e algum deles é comum a todos os litisconsortes, não há prazo em dobro. Se os litisconsortes têm advogados diferentes que compõem o mesmo escritório de advocacia, não há prazo em dobro, porque aí não há dificuldade de comunicação ou de vista dos autos”. Do mesmo modo, é por esse motivo que, na nova codificação, a contagem diferenciada não existe para litígios que tramitem por meio eletrônico (já que ali o fator que embasa tal tratamento inexistiria). Ver, MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011. p.212-213.

meramente discricionária (como é o caso do prazo quinquídio para oposição de embargos declaratórios ²⁴³), em *todas* elas a essência é *argumentativa* e *retórica*. Como consequência, a manutenção de legitimidade permitiria a alteração de *qualquer dado*, atribuindo um novo grau de abertura à questão.

Para elucidar esse ponto, há dois aspectos trazidos pelo novo Código de Processo Civil que servem como exemplos emblemáticos. O primeiro, posto no art.219 do diploma, é a estipulação de que “*na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis*”. Já o segundo, decorrência de seus arts. 994, inc.II, e 1.003, §5º, é a fixação do prazo de quinze dias para a interposição de agravo de instrumento ²⁴⁴. Em ambos, nota-se uma mudança *substancial* da orientação anterior, evidenciando o caráter maleável da nossa estrutura procedimental.

Realmente, na vigência do Código de 1973 inexistia qualquer permissivo que limitasse a contagem de prazos processuais aos dias úteis, não se tratando de tendência percebida de qualquer maneira em nosso direito processual ²⁴⁵. Em decorrência, a alteração formulada pelo novo Código representa apenas uma modificação da escolha discricionariamente formulada pelo legislador. E o *approach* do ceticismo moderado demonstra que nenhum dos dois modelos é *mais* correto, tratando-se apenas de opções diversas. De um lado, entendendo o processo como garantia, é razoável que se proponha a existência de *mais* prazo. De outro, priorizando sua celeridade, é mais adequado que se caminhe em sentido oposto.

²⁴³ Nesse ponto, vale recordar que o Código de Processo Civil de 1973, em sua redação original, dispunha que os embargos de declaração, quando opostos em face de sentença, deveriam ser apresentados “dentro em quarenta e oito (48) horas, contadas da publicação da sentença” (art.465). Por outro lado, quando protocolados em sede de acórdão, o hiato seria de “cinco (5) dias da data da publicação do acórdão” (art.536). A uniformização do termo quinquídio ocorreu apenas com a aprovação da Lei nº 8.950/1994, alterando, discricionariamente, a *escolha* cristalizada na codificação.

²⁴⁴ “Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos:

(...)

II - agravo de instrumento”.

“Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão.

(...)

§ 5º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias”.

²⁴⁵ Com efeito, a previsão do Código de Processo Civil de 1973 sempre estabeleceu de maneira clara que “o prazo, estabelecido pela lei ou pelo juiz, é contínuo, não se interrompendo nos feriados” (art.178). Seguindo essa orientação, também o Código de Processo Civil de 1939 ressaltava que “os prazos serão contínuos e peremptórios, correndo em dias feriados e nas fêrias” (art.26). Dessa forma, percebe-se a guinada trazida pela nova codificação, desconstruindo um ponto já alicerçado na realidade brasileira.

Da mesma forma, o diploma anterior também estabelecia o prazo inequívoco de dez dias para a interposição do recurso de agravo, seja por meio retido ou instrumental ²⁴⁶. E igualmente essa *escolha* não se mostrava mais *adequada* ou *errônea* do que a atual, mas apenas diversa. Entre as duas, o que se observa é tão somente uma alteração de preferência, inclinando-se para uma ampliação ou para uma redução do procedimento; uma modificação ideológica, na qual não há argumento de verdade ou critério imutável.

Indo adiante, essa conclusão não muda ao direcionarmos os olhares ao nosso regime processual de *preclusões*. Igualmente aqui é preciso refutar todo critério absoluto, percebendo a existência de uma permeabilidade discursiva. Em suma, será sempre cabível que o teórico deseje *mais* preclusão ou *menos* preclusão, a depender de sua própria leitura geral da disciplina. Não haverá argumento *correto*, mas um pêndulo determinado pela sua percepção pessoal.

Para entender esse quadro, destacamos que por “*preclusão*” se costuma designar a *inviabilidade* de que determinado aspecto do litígio seja objeto de debate; a *perda* da possibilidade de se controverter ao seu respeito, considerando-o *imutável* para os fins da relação ²⁴⁷. Esse elemento possui ligação umbilical com a própria compreensão do processo como *marcha*, marcando presença constante na construção do nosso ideário jurídico ²⁴⁸.

Nessa rota, uma primeira forma pela qual o direito processual civil tem conferido espaço ao instituto da *preclusão* é aquela de índole *temporal*. Em poucas palavras, trata-se das hipóteses em que o indivíduo poderia adotar determinada conduta em um *prazo pré-fixado*, mas deixa de fazê-lo tempestivamente ²⁴⁹. É o caso do sujeito que é prejudicado por uma

²⁴⁶ “Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento”.

²⁴⁷ “*Preclusão* vem do latim *praecludo*, que significa fechar, tapar, encerrar. Preclusão, assim, é a inadmissibilidade da prática que um ato que não foi praticado no prazo devido. Essa é a conceituação da preclusão na teoria dos prazos. Num sentido mais amplo, preclusão é a perda de uma faculdade ou direito processual, que, por se haver esgotado ou por não ter sido exercido em tempo e momento oportunos, fica praticamente extinto”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v.1. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p.301.

²⁴⁸ Apresentando a questão, Chiovenda fez constar que “ogni processo, qual più qual meno, e così anche il nostro processo, per assicurare precisione e rapidità allo svolgimento degli atti giudiziari, pone dei limiti all’esercizio di determinate facoltà processuali, colla conseguenza che di là da quei limiti queste facoltà non si possono più esercitare. Ho dato a codesta conseguenza il nome di << preclusione >> (...) io entendo per preclusione *la perdita, o estinzione, o consumazione d’una facoltà processuale* che si subisce per il fatto: a) o di non aver osservato l’ordine assegnato dalla legge al suo esercizio (...) b) o di aver compiuto un’attività incompatibile coll’esercizio della facoltà (...) c) o di avere già una volta validamente esercitato la facoltà”. CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. In. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. v.3. Milano: Giuffrè, 1993. p.231-232.

²⁴⁹ “Se è l’intelaiatura dei limiti temporali per l’esercizio dei poteri a costituire il binario che indirizza la sequenza processuale verso la produzione dell’effetto finale, la propulsione viene dagli strumenti che

decisão interlocutória, mas não a ataca no termo legal. Nessas circunstâncias, considera-se que o transcurso do tempo inviabiliza que o comportamento seja adotado em momento superveniente; a prática não é mais cabível, tornando a questão *preclusa*²⁵⁰.

Ocorre que, ao contrário do que se poderia supor, essa feição mais aparente da *preclusão* não foi a única que ganhou assento teórico no nosso processo civil. Ao lado dela, foram também traçadas as noções de *preclusão lógica* e de *preclusão consumativa*. Os conceitos são diversos, mas possuem um mesmo nexo de causalidade geral. Em ambos, embora não haja transcurso de prazo, a parte adota alguma conduta que *impede* a prática do ato até então cabível; o sujeito, que antes dispunha de alguma prerrogativa, perde a chance de exercê-la por força do seu próprio comportamento.

Observando primeiramente os casos de *preclusão consumativa*, notamos que o instituto encontra lugar quando determinada conduta é vedada porque, no próprio bojo do *processo*, já se adotou comportamento coincidente ou exauriente. Em termos etimológicos, sustenta-se que o ato já se consumou, não sendo cabível sua repetição²⁵¹.

Para exemplificar essa questão, imaginemos que um indivíduo é prejudicado por determinada decisão interlocutória, impugnando-a por agravo já no segundo dia do prazo recursal. Suponhamos, porém, que ainda dentro do prazo o litigante perceba que não incluiu argumentos relevantes em sua peça, protocolando nova petição. Nessa hipótese, por mais que os dois recursos fossem tempestivos, a *preclusão consumativa* faria com que o segundo sequer devesse ser apreciado. Priorizando o curso regular do processo, a interposição da primeira medida teria *esgotado* a via recursal, obstaculizando qualquer outra atuação.

incentivano i soggetti ad esercitare i poteri prevedendo una conseguenza vantaggiosa per l'attività, e/o una conseguenza svantaggiosa per l'inerzia, e dagli strumenti che consentono al processo di proseguire ancorché il potere non venga esercitato. Sotto il primo profilo, l'ordinamento ha scelto di incentivare l'attività dei soggetti processuali ricollegando una conseguenza svantaggiosa all'inattività (...) la previsione più frequente è la decadenza dal potere di compiere quella determinata attività, con la conseguente ripercussione negativa sulla possibilità di ottenere una sentenza di merito favorevole". CAPONI, Remo. *La Rimessione in Termini nel Processo Civile*. p.17-18.

²⁵⁰ "Las tres formas que puede asumir la preclusión (...) se presentan a lo largo del juicio. Un examen de las mismas permitirá advertir la forma múltiple con que la preclusión aparece dentro del sistema del proceso civil. Un primer sentido del concepto, se da en aquellos casos en que la preclusión es la consecuencia del transcurso infructuoso de los términos procesales (...) en todos esos casos se dice que hay preclusión, en el sentido de que no cumplida la actividad dentro del tiempo dado para hacerlo, queda clausurada la etapa procesal respectiva (...) transcurrida la oportunidad, la etapa del juicio se clausura y se pasa a la subsiguiente, tal como si una especie de compuerta se cerrara tras los actos impidiendo su regreso". COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p.97

²⁵¹ "A *preclusão consumativa* consiste na perda da faculdade/poder processual, em razão de ter sido exercido, pouco importa se bem ou mal. Já se praticou o ato processual pretendido, não sendo possível corrigi-lo, melhorá-lo ou repeti-lo. Observa-se quando já se consumou a faculdade/poder processual (...) é o que ocorre, por exemplo, quando a parte oferece sua contestação ou interpõe seu recurso de apelação no quinto dia do prazo (que é de quinze dias, relembre-se), mas esquece de deduzir um argumento importante; como já exerceu e consumou sua faculdade de recorrer, não pode, nos 10 dias restantes do prazo, corrigir, melhorar ou repetir a contestação/recurso". DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. p.297.

Por fim, haveria ainda uma última face de nosso sistema *preclusivo*, no qual a impossibilidade de praticar o ato decorreria da efetivação de uma conduta *contraditória*²⁵². Estaria aqui a *preclusão lógica*, cujo fundo poderia transcender o processo e se relacionar com o próprio ambiente que permeia a lide²⁵³. É o caso do hospital que, após ser intimado de sentença que o obriga a proceder a uma cirurgia, *realiza* o procedimento e na sequência questiona a ordem em sede recursal. Os comportamentos são incongruentes, oferecendo espaço para a ideia de *preclusão lógica* e colocando um novo filtro para a condução do litígio²⁵⁴.

Compreendidas as coisas desse modo, percebemos que também o nosso sistema preclusivo pode ser acrescido ao caldo *dinâmico* e *maleável* que marca o discurso processual. Afinal, identificando suas linhas gerais observamos que também aqui não há *assertividade metafísica*, mas escolhas políticas. Essa crítica tem atingido de maneira especial as *preclusões consumativas*, trazendo desestabilizações como aquela que sutilmente ocorre em nosso novo Código de Processo Civil²⁵⁵.

De fato, se à luz do diploma anterior a ideia de *preclusão consumativa* encontrava terreno mais amplo, a análise do novo texto demonstra que suas tintas foram suavizadas. É que, em seu art.223, o Código prevê que “*decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial, ficando assegurado, porém, à parte provar que não o realizou por justa causa*”. Assim, uma leitura a

²⁵² Por esse motivo, Sica afirma que “a preclusão lógica é comissiva, e não omissiva como a preclusão temporal. Nesta modalidade, a preclusão não é derivada da inércia, mas sim da efetiva prática de um ato antecedente e logicamente conflitante com o subsequente”. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006. p.150.

²⁵³ “Preclusão lógica diz-se a impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato ou postular certa providência judicial em razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora a parte pretende e sua própria conduta processual anterior. Por exemplo, o réu condenado pela sentença comparece a cartório e paga o valor da condenação; depois de praticar este ato, estando ainda a fluir o prazo para recurso, volta a cartório para apelar da mesma sentença. A aceitação da sentença, expressa pela conduta da parte de comparecer espontaneamente ao cartório e cumprir a condenação, importa em ter-se por preclusa a oportunidade para o recurso (art. 503 do CPC)”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v.1. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2000. p.209.

²⁵⁴ No entendimento de Didier, “a idéia de preclusão lógica é a tradução, no campo do direito processual, do princípio da boa fé objetiva, mais especificamente do vetusto brocardo do *nemo potes venire contra factum proprium* (ninguém pode comportar-se contrariamente aos seus próprios atos), hoje considerado integrante no conteúdo da cláusula geral da boa fé objetiva. A preclusão não é efeito do comportamento contraditório (ilícito); a preclusão incide sobre o comportamento contraditório, impedindo que ele produza qualquer feito (...) a preclusão lógica, então, é consequência da prática do primeiro ato, e não do ato contraditório”. DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. p.296-297.

²⁵⁵ Com efeito, veja-se aqui que mesmo antes da aprovação do novo Código já havia vozes questionando a assertividade dessa modalidade preclusiva. É o caso de Sica, que, por considerá-la incompatível com as próprias finalidades da preclusão (relacionados à marcha processual e à impossibilidade de retrocesso do debate), sustentava que ela não deveria se impor sobre direitos da parte (permitindo, dentro do prazo cabível, a emenda ou correção de atos já praticados nos autos). Assim, *passim*, SICA, Heitor Vitor Mendonça. Ob. cit.

contrario senso permitiria afirmar que a emenda seria sempre cabível até o decurso do prazo.

Dessa forma, caso essa interpretação prevaleça, é certo que neste particular a lógica preclusiva estará bastante mitigada. E *nada* impede ou obsta essa modificação. Em termos *céticos*, o instituto representa uma criação *teórica*, não possuindo qualquer feição *única* ou *imutável*. Sua verificação será sempre deslocada para o palco argumentativo, estando sujeita a dúvidas e a debates.

4.4. O “duplo grau” e o dogma dos recursos

Finalizando o capítulo, outro aspecto no qual o debate entre *mais* e *menos* encontra campo fértil e merece ser lembrado é aquele relacionado ao sistema recursal. Aqui, a questão se coloca nos seguintes termos: há garantia fundamental a algum recurso? Em que medida seria possível suprir ou reduzir as alternativas recursais?

Em relação a esse ponto, é sabido que a natureza *hierárquica* de nosso processo civil fez com que o “recurso” não raramente fosse visto como um componente essencial da jurisdição²⁵⁶. Essa perspectiva marcou a formação da disciplina, colocando-se como peça-chave de seu ideário teórico. Foi nesse sentido que alguns chegaram a radicalizar a ideia, defendendo que a possibilidade de recorrer constituiria um componente necessário ao próprio “devido processo legal”²⁵⁷.

Por trás dessa defesa mais ampla de valorização e de ampliação dos recursos,

²⁵⁶ Essa aproximação é explicitamente defendida, por exemplo, por Egas Moniz de Aragão. Em suas palavras: “penso que a existência de recursos, além de regra geral nas nações civilizadas, tem, no Brasil, apoio singular não só na tradição jurídica, como, mais especificamente, na tradição constitucional. Desde a Carta Imperial de 1824, sempre fez parte de nossas constituições (que não são poucas) o capítulo destinado a regular o Poder Judiciário, no qual é mencionada expressamente a existência de tribunais de segunda instância, com a finalidade de julgar recursos dos atos dos juízes de primeiro grau, bem como a existência de tribunais superiores, que revêem os julgamentos das cortes inferiores (...) essa tradição e a minúcia na disciplina das competências recursais parece-me indicar tendência já arraigada, que deve orientar o pensamento e a conduta, não só dos que operam com a matéria jurídica, como, também, dos que trabalham com a produção legislativa. Mas isso, atualmente, ainda é pouco; crescem as garantias asseguradas no art. 5.º, LIV e LV, da CF/1988, que conferem aos litigantes direito ao devido processo, ao contraditório e à ampla defesa, “com os meios e recursos a ela inerentes”. Embora o vocábulo “recurso” possa comportar mais de uma acepção, a leitura dos textos - por se tratar do elenco dos direitos e garantias fundamentais - não admite exclusão do significado que, tecnicamente, lhe é peculiar no campo do devido processo”. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Demasiados Recursos? In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.186-187.

²⁵⁷ Dinamarco, por exemplo, afirma que “sem que haja uma autêntica *garantia* do duplo grau de jurisdição, poder-se-ia pensar na compatibilidade constitucional de disposições legais que o excluíssem, criando bolsões de irrecorribilidade. Casos assim extremos transgrediriam o essencial *fundamento político* do duplo grau, que em si mesmo é projeção de um dos pilares do regime democrático, abrindo caminho para o arbítrio do juiz não sujeito a controle algum (...) além disso, uma disposição dessa ordem seria incompatível com os padrões do *devido processo legal* – esse, sim, garantido constitucionalmente”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.1. p.260-261.

acreditamos que há alguns argumentos elementares. O primeiro deles está relacionado à própria essência piramidal de nossa estrutura judiciária. É que, por meio do “duplo grau”, seria permitido que o órgão superior controlasse e revisasse as manifestações oriundas de um nível menos elevado²⁵⁸, fazendo com que a dilatação do sistema recursal dependesse da própria confiança depositada nas instâncias inferiores²⁵⁹. Nessa rota, supõe-se ainda que a esfera recursal disporia de um maior preparo para a análise do caso e que permitiria a preservação da uniformidade e da coerência jurisdicional²⁶⁰.

Observando essa perspectiva a partir dos pilares construídos até aqui, notamos que a questão acaba dialogando com a própria inserção das balizas da *segurança* e da *previsibilidade* no campo do processo, cristalizando uma mentalidade precipuamente liberal. Nesse sentido, a existência de uma garantia ao recurso substanciaria uma ideia burocrática, na acepção organizativa atribuída por Fiss ao termo²⁶¹. Isso, tanto para o jurisdicionado (dando-lhe a prerrogativa de submeter seu caso a uma Corte aparentemente mais legítima) quanto para o próprio Estado (centralizando suas ações). Para complementar essa ideia, surgiria

²⁵⁸ Conforme Ovídio Baptista da Silva, “o sentido burocrático, inerente à idéia de recurso, revela-se muito claro quando consideramos que, no direito romano clássico, não havia recursos. Embora este fenômeno tenha muito pouco a ver com a cultura moderna, a comparação é útil para dar-nos uma idéia do grau de legitimidade de que gozam os juízes dos escalões inferiores, medida pela extensão do sistema recursal. No ponto mais elevado da escala, encontra-se uma magistratura altamente legitimada, contra a qual o sistema política abre mão dos recursos. À medida que descemos na escala hierárquica, reduz-se a legitimidade dos magistrados e avolumam-se os recursos, até atingirmos a jurisdição de primeiro grau, que o sistema literalmente destruiu, sufocando-a com uma infernal cadeira recursal que lhe retira a própria ilusão, de que ela poderia alimentar-se, de dispor de algum poder decisório. A legitimidade da jurisdição de grau inferior diminui na medida em que aumentam os recursos”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista*. p.239-240.

²⁵⁹ É assim que Posner constata que “if (...) there really is no standard for evaluating the correctness of a ruling, of if the ruling resolved a highly technical issue (...) the appellate court will be strongly inclined to defer, swallowing any doubt it might have. So what is involved in appellate review is, at bottom, simply confidence or lack thereof in another person’s decision. That is an intuitive response informed by experience in similar decisions”. POSNER, Richard. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. p.114.

²⁶⁰ Afirma José Frederico Marques, por exemplo, que “não há dúvida de que o sistema do duplo grau de jurisdição é um fator de maior segurança na aplicação da lei pelos órgãos judiciários. Foi o que bem salientou Seabra Fagundes, mostrando que por êle se reapura a juridicidade da decisão recorrida. Ao demais, na organização dos quadros judiciários, os magistrados que funcionam no Juízo do recurso têm maior experiência e se encontram em melhores condições para um exame bem refletido e sereno da questão decidida em primeiro grau. Cumpre salientar, além disso, que o sistema de recursos possui ação catalítica e preventiva, porquanto obriga o juiz de primeiro grau a maior cuidado e exação na sua tarefa julgadora. O temor de censura – diz Francisco Morato – “é o zêlo de não ver patenteada a própria ignorância ou negligência, despertam o desejo de acertar e forçam os juízes inferiores a maior circunspeção e estudo, tornando a justiça mais segura, mantendo mais uniformes as interpretações e preparando as bases para a constituição da jurisprudência. Assim, MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 4, Rio de Janeiro: Forense, 1969. p.19-20.

²⁶¹ “Bureaucracy is a term often used with pejorative connotations because of the pathologies or dysfunctions connected with complex organizations, but I use it descriptively. I will use the term *bureaucracy* to refer to a complex organization with three features: (1) a multitude of actors; (2) a division of functions or responsibilities between them; and (3) reliance on a hierarchy as the central device to coordinate their activities (...) for the most parts (...) the hierarchical control over judges is exercised through review of the work product of those below. Granted, the conscientious do not take such review lightly, but it must be seen as a rather weak and indirect form of control”. FISS, Owen M. The Bureaucratization of the Judiciary. In. *The Law as it could be*. p.69-70.

também, como um desdobramento procedimental relevante, a sobreposição da forma escrita sobre a forma oral ²⁶².

Essa figura, porém, não seria a única a ser apresentada em defesa dos recursos. Ao lado dela, o argumento poderia ser sustentado também sob outro prisma: se foi visto que a atuação do julgador é *falível*, o remédio recursal representaria um filtro para evitar a materialização dessa falha ²⁶³. Em síntese, a sujeição do caso a uma segunda análise reduziria a chance de que o equívoco da primeira perdurasse. Essa engrenagem ganharia reforço especial caso o segundo exame obedecesse a uma lógica colegiada, contribuindo para atenuar hipóteses como o mau uso de um precedente ou a má-compreensão do próprio suporte fático litigioso ²⁶⁴.

No fundo dessa argumentação, encontra-se novamente a preocupação com a segurança do processo, mas sob outro viés. Aqui, o enfoque central é tentar aprimorar o grau de *certeza* e a probabilidade de *acerto* da resposta, acreditando que o sistema recursal

²⁶² “A multistage hierarchical process needs a mechanism to integrate all its segments into a meaningful whole. Material gathered over time by various officials must be assembled for decision making, and traces of official activity must be preserved for future audits. Officials in charge of procedural stages are therefore expected to maintain files to ensure completeness and authenticity of documentation. Like tributaries of an even larger river, files kept by lower officials are incorporated into the evermore encompassing files of their superiors. In order not to confuse the file of the case with its false cognates, it is important to realize that hierarchical officials prefer to decide on the basis of written records (...) it will be claimed that modern recording technologies which minimize mediation (e.g., videotapes) may soon replace old-fashioned dossiers (...) but in judicial organizations where superior review is at once regular and comprehensive, the hierarchical summit may be expected to develop new instruments of condensation to protect itself against the danger of drowning in the sea of details generated by proceedings before lower courts”. DAMASKA, Mirjan. Ob. cit. p.50-51.

²⁶³ Esse tipo de abordagem pode ser exemplificativamente vista no pensamento de Dinamarco. É que, em um primeiro momento, o autor parte de premissa similar àquela aqui trazida, afirmando que “o risco de errar é inerente a qualquer processo e a obsessão pela verdade é utópica. Ainda quando se prescindisse por completo do valor *celeridade* e se exacerbasse as salvaguardas para a completa segurança contra o erro, ainda assim o acerto não seria uma certeza absoluta. Por isso, ao estabelecer o equilíbrio entre as exigências de acelerar e de ponderar, o legislador e o juiz devem estar conscientes da inevitável falibilidade do sistema (projeção da própria falibilidade humana), convivendo racionalmente com o risco e dando força aos meios de sua correção”. E na sequência, procurando conformar a situação, estabelece que “o importante, para segurança do sistema, é que se ofereçam mecanismos suficientes para neutralizar e corrigir os possíveis *erros* a que a calculada aceitação de seus riscos pode conduzir. Entre esses mecanismos ocupa lugar de destaque o sistema de *duplo grau de jurisdição*, destinado a corrigir desvios de perspectiva do juiz, seja na valoração da prova, seja na interpretação do direito, seja na compreensão da própria causa em julgamento”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.1. p.162-164.

²⁶⁴ Como já percebido por Moacyr Amaral Santos, porém, o benefício da colegialidade poderia ser contraposto por uma possível dispersão de responsabilidade também atribuível a esse modelo. Nas palavras do autor, “na composição dos órgãos jurisdicionais, estabelecido o duplo grau de jurisdição, distinguem-se três sistemas: juiz único em ambos os graus de jurisdição, juízes colegiados em ambos os graus, juiz único em primeiro e juízo colegiado em segundo grau. Qualquer dos sistemas é doutrinariamente sustentável. O primeiro – o do juiz único em ambos os graus – tem a virtude de imprimir aos juízes maior responsabilidade pelas sentenças que proferem, responsabilidade essa que se dilui, nos juízos colegiados, entre os juízes que os compõem. O segundo – o de juízos colegiados em ambos os graus – se justifica especialmente pela possibilidade das questões serem ventiladas e apreciadas por vários juízes para se chegar à decisão, o que redundaria em garantia da boa justiça. O terceiro sistema procura conjugar as virtudes dos anteriores”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. p.95.

contribuiria para esse fim ²⁶⁵. Como percebido por Bone, seria atingido com isso um ponto de inflexão, no qual a própria valorização dos resultados encontraria desafios ²⁶⁶. Em uma ponta, quanto *mais* recurso fosse assegurado às partes, mais morosa tenderia a ser a prestação jurisdicional. Na outra, seria possível sustentar que, por mais que essa ampliação dilatasse a marcha do processo, ela ampliaria a chance de sucesso da atuação.

O arranjo aparenta ser teoricamente adequado. Ocorre que, ao analisá-lo criticamente, observamos que cada um dos seus pontos pode ser submetido a dúvidas e a problematizações. Afinal, a ideia de que o julgamento da instância superior é mais qualificado possui embasamento? Há fundamento em se afirmar que, com isso, seria reduzido o risco de erro judicial? Nos moldes exercidos no Brasil, a colegialidade realmente atua como um filtro orientado a esse fim?

Identificando essa série de itens, notamos que os méritos do sistema recursal não são tão cristalinos quanto se costuma supor. Primeiramente porque, como já reconhecido em doutrina, os níveis mais altos da estrutura judiciária estão mais distanciados das peculiaridades do debate, majorando os riscos de que as desconsiderem em sua atuação ²⁶⁷. Além disso, pelo fato de o julgamento de grau superior ser tão falível quanto o de primeiro grau, também esbarrando em aspectos como a racionalidade limitada e a insuficiência de informações. Em favor de um, militam questões como a maior experiência do corpo julgador;

²⁶⁵ Defendendo essa postura, e propondo que sua correta imposição passaria por uma releitura dos próprios modais recursais (impactando questões como os *custos* relacionados ao modelo), coloca-se Steven Shavell. Ao sintetizar a questão, o autor pontua que “if litigants possess information about the occurrence of error and appeals courts can frequently verify it, then litigants may be led to bring appeals when errors are likely to have been made but not otherwise (this may require imposing fees for bringing appeals, so as to discourage appeal when decisions were likely to have been correct). Under these circumstances, not only may the appeals process result in error correction. It may also do so cheaply, for the legal system will be burdened with reconsidering only the subset of cases in which error were more probably made”. SHAVELL, Steven. *The Appeals Process as a Means of Error Correction*. In. *Journal of Legal Studies*. n. 24. Chicago: The University of Chicago Press, 1995. p.382.

²⁶⁶ “A more realistic possibility is to define fairness in terms of maximum feasible accuracy where feasibility depends on what human beings are capable of doing, given cognitive and other natural human limitations. Procedures that create error would be fair in this view, but only if it was not possible to reduce the error by any known means. Although this standards is more realistic, it is still too demanding and does not fit conventional understandings of procedural fairness. The fact is that it is always possible to reduce the risk of error by adding more procedure. Therefore, defining fairness as maximum feasible accuracy would demand, in the name of fairness, an unlimited investment in procedure, with potentially devastating consequences, for other worthwhile social programs. Thus, any sensible theory of procedural fairness must incorporate cost based limits and allow trade offs between outcome accuracy and other social goods”. BONER, Robert G. *The Economics of Civil Procedure*. p.195-196.

²⁶⁷ “Initial decisionmakers are closer to the messy details of life, including human drama, and therefore can less readily be immunized from individual aspects of cases. Meanwhile, higher officials face realities prepackaged or edited by their subordinates; individual destinies are less visible. Because of this mediation, higher-ups can more easily disregard the “equities” of the cases they must decide (...) it is in this sense that, as some students of bureaucracy have claimed, “the top understands universals; the lowers echelons understands particulars””. DAMASKA, Mirjan. Ob. cit. p.20.

favoravelmente ao outro, atuam elementos como a proximidade com o caso. Contudo, em ambos não se elimina a chance de erro, o que também não é mitigado pelo desempenho institucional de nossos Tribunais ²⁶⁸.

As ponderações acima certamente possuem desdobramentos mais complexos. De todo modo, o mais relevante para as atuais finalidades é constatar que esse emaranhado de aspectos oferece a seguinte conclusão: assim como ocorre com os *prazos* e com as *preclusões*, a estrutura conferida a um sistema recursal também é lastreada por uma *escolha*; por uma *opção* política e legislativa. Desse modo, não há qualquer dado que justifique a sacralização dos recursos, sendo possível submeter esse aspecto a uma constante desestabilização.

Aplicando essa premissa ao histórico recente do processo civil brasileiro, observamos que mesmo em nosso plano prático ela encontra exemplos pontuais. Nesse sentido, vale lembrar que as hipóteses de cabimento de recurso extraordinário e de recurso especial foram histórica e pragmaticamente impactadas pelos filtros da “repercussão geral” e do “prequestionamento” ²⁶⁹.

Da mesma forma, vale citar o fato de o novo Código de Processo Civil ter tipificado as circunstâncias autorizadoras do agravo de instrumento e extinto a figura do agravo retido

²⁶⁸ Afinal, como já alertado por Leonardo Greco, vivenciamos no Brasil um contexto de “falsa colegialidade”, “em que todos acompanham o voto do relator, sem saber o que estão decidindo e sem uma análise cuidadosa dos fatos, provas e alegações apresentados pelas partes”. Nesse sentido, é necessário indicar o risco de que a natureza “deliberativa” dos Tribunais seja mera teoria e aparência, sem lastro na realidade. A questão é lembrada na realidade norte-americana por Maya Sen, levando-a a afirmar que “when it comes to the courts, a number of theorists have argued or assumed that the judiciary operates as a deliberative institution, or, at the very least, as an institution more deliberative than its counterparts in the legislative and executive branches”, mas que “the existing scholarship on the issue has, however, made this assumption largely without delving deeply into either the structure of the courts or into doctrinal considerations. The end result has been a persistent belief among many scholars that judges deliberate more than they do, and that the judiciary fundamentally differs from the other branches of government in its adherence to the tenets of deliberative democracy. Political and legal philosophers, in other words, have a tendency to trust in the courts more than in other branches of government”. GRECO, Leonardo. A falência do sistema de recursos. In. *Revista Dialética de Direito Processual*. n.1. São Paulo: Editora Dialética, 2003. p.103. SEN, Maya. Courting deliberation: an essay on deliberative democracy in the American judicial system. In. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*. n.27. Notre Dame: University of Notre Dame, 2013. p.310.

²⁶⁹ Em relação ao primeiro, Nelson Nery Jr. pontua que, “visivelmente assemelhado à antiga arguição de relevância, o requisito de admissibilidade da repercussão geral foi introduzido no sistema processual brasileiro por meio da EC 45/04 (...) consiste a repercussão geral na relevância da questão discutida no RE – essa relevância deve ser de tal monta que cause impacto do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico para além dos interesses subjetivos da causa. A mesma relevância é pressuposta no caso de o RE impugnar súmula ou jurisprudência dominante do STF (...) a intenção clara da introdução do critério da repercussão geral é reduzir a carga de trabalho do STF – o que não é de surpreender, visto que a aceleração do trâmite processual junto ao poder Judiciário foi a tônica das reformas do CPC levadas a efeito na primeira década do século XXI”. Já quanto ao “prequestionamento”, Botelho de Mesquita identifica a origem histórica do problema e a sua conformação ao longo do tempo, salientando que “a história deste problema do prequestionamento tem seu começo com a Constituição Republicana de 1891” e que sua maior ou menor imperatividade sempre se relacionou com a própria tentativa de viabilizar ou de obstar o manejo recursal. Ver, NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral do Recursos*. p.392. MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v.2. São Paulo: Ed. RT, 2005. p.187-193.

270

Ainda nessa linha, menciona-se a proposta de Emenda Constitucional, hoje em trâmite em nossas Casas Legislativas, que altera profundamente a possibilidade de recorrer para os nossos Tribunais Superiores²⁷¹. Em qualquer dos casos, percebemos que o sistema recursal possui contornos flexíveis, *nada* havendo que obste sua reconstrução.

Diante desse quadro, a questão recomenda que sejam novamente adotados os termômetros da legitimidade e da coerência. A partir deles, pode haver quem sustente a existência de *mais* recursos ou de *menos* recursos, inexistindo respostas corretas ou definitivas. Além disso, mesmo que se pretenda valorizar a ideia de “duplo grau”, é preciso submetê-la a um juízo crítico, sem retirar do campo de visão as demais garantias relacionadas ao processo. Em poucas palavras, é necessário recordar que, analisando a disciplina de forma cética, não há espaço para o “absoluto”.

²⁷⁰ “O novo Código de Processo Civil, aprovado pela Câmara dos Deputados, traz algumas inovações no trato do recurso cabível contra decisões interlocutórias proferidas pelos juízos de primeira instância. A primeira e maior das novidades está em que nem todas as decisões interlocutórias serão, no novo sistema processual, agraváveis. O novo CPC prevê um rol exaustivo de decisões interlocutórias contra as quais caberá agravo e, no caso de se proferir decisão que não se encontre no aludido rol, a mesma será irrecurável em separado. Significa isto dizer que contra algumas decisões interlocutórias – as que não sejam expressamente previstas em lei como impugnáveis por agravo de instrumento – não se admitirá um recurso específico e autônomo. Nesses casos, proferida a decisão (e, à guisa de exemplo, basta pensar na decisão que indefere a produção de prova testemunhal), deverá a parte interessada impugnar, arrazoadamente, a decisão interlocutória na apelação que interponha contra a sentença ou nas contrarrazões que ofereça à apelação pela outra parte interposta”. CÂMARA, Alexandre Freitas. Do agravo de instrumento no novo Código de Processo Civil. In: *Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.09.

²⁷¹ Trata-se da Proposta de Emenda à Constituição nº 15/2011 (“PEC dos Recursos”), cujos contornos fazem com que os arts.102 e 105 do texto constitucional deixem de prever as figuras dos recursos especial e extraordinário e, em substituição, apresentem os mecanismos da ação rescisória especial e da ação rescisória extraordinária. Conforme as razões de justificação do projeto, “tal como reconhecido pelo Presidente do STF, o Ministro Cezar Peluso (...) o Brasil é o único país do mundo que tem na verdade quatro instâncias recursais. É certo que a ampla e quase inesgotável via recursal tem sido utilizada, grande parte das vezes para fins meramente protelatórios, como estratégia da parte para furtar-se ao cumprimento da lei (...) o Presidente do STF esboça uma proposta de transformação dos recursos especial e extraordinário em ações rescisórias, como forma de evitar que a remessa de casos à apreciação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao STF seja utilizada como mero expediente de dilação processual”.

III PARTE – ADEQUANDO O FOCO: O PROCESSO E O DIÁLOGO COM O REAL

5. O processo civil como questão de Estado

Iniciando o terceiro momento da tese, pretendemos apresentar alguns pontos que nos parecem centrais para que o direito processual civil se aproxime da realidade, valendo-se da desestabilização trazida pelo juízo de *ceticismo moderado*. Procuramos, assim, abrir um leque teórico para a disciplina, fazendo com que os seus problemas e as suas possibilidades sejam vistos com novos olhares. Nesse mergulho, o primeiro aspecto, trazido no atual capítulo, é o fato de o processo civil ser hoje uma *questão de Estado*.

Esse ponto é em boa conta elucidado pelas próprias considerações apresentadas no início do estudo. Entretanto, dedicaremos aqui maiores tintas à sua avaliação, investigando suas origens e algumas das suas consequências. É que, por mais que a inclusão do processo civil no programa estatal represente hoje um dado praticamente intuitivo, há aspectos decorrentes desse fator que também devem ser entendidos. Apenas assim é possível rumar no sentido da efetividade, permitindo que a matéria seja compreendida de forma crítica e permitindo um discurso viável sobre os seus instrumentais.

Nessa jornada, as próximas páginas são divididas em três tópicos. No primeiro, colocamos como premissa a natureza dúplice que é imanente à noção de “monopólio jurisdicional”, criando para o Estado tanto uma prerrogativa quanto um dever. Nos dois últimos, demonstramos que esse posicionamento faz com que seja preciso reconhecer a natureza pública do direito processual civil, bem como que, ao atuá-lo, o Poder Público invariavelmente exercita parcela de seu poder.

5.1. Do monopólio jurisdicional ao Estado Constitucional

O primeiro pilar em que essa observação está assentada é a ideia de que, contemporaneamente, o exercício jurisdicional compete apenas ao Estado. Essa compreensão possui raízes temporais consentâneas à formação do Estado Liberal, refletindo os seus dogmas de *centralização* e de *exclusividade*. E, como visto, foi essa a mentalidade que também marcou a resolução de litígios, levando às teorias clássicas da atividade jurisdicional e se colocando como linha mestra do nosso processo ²⁷².

²⁷² Realmente, em qualquer das três ideias tradicionais relacionadas à jurisdição apresentadas no capítulo anterior, constata-se um mesmo dado: a imprescindibilidade de que a atuação se dê pela via *estatal*. É assim, primeiramente, com Chiovenda, cuja preocupação com a inserção do processo na ordem do Estado é textualizada (fazendo com que a atividade pública se encontre no léxico da própria definição jurisdicional). Da mesma forma, a lógica se repete com Allorio, considerando que a atuação pública seria àquela vocacionada à imposição da imutabilidade. Por fim, o argumento também se repete em relação à ideia de Carnelutti, tanto em seu primeiro

É assim que, até hoje, pouco se questiona quanto à natureza monopolística da atividade jurisdicional (concebida em sua totalidade ²⁷³). Entretanto, em uma visão menos conceitual e mais pragmática, o ponto chave a ser aqui percebido é que essa relação de exclusividade também impõe ao Estado um especial *affare*. Ao *vedar a autotutela*, o ente público se obriga a atuar adequadamente na resolução de disputas sempre que assim lhe for pleiteado ²⁷⁴. Em uma “sístole”, necessária para a estruturação do Estado Liberal, proibiu-se a ação material e centralizaram-se forças nas mãos da Administração. Em uma “diástole”, imperativa para conferir legitimação ao Estado, assegurou-se a ação processual como mecanismo voltado à pacificação.

Enfim, o discurso teórico demonstra de maneira clara que a materialização do “monopólio da jurisdição” tornou o processo uma verdadeira questão de Estado ²⁷⁵. Desse modo, surge a necessidade de que tais aspectos se encontrem em um constante trabalho de acoplamento, garantindo sua preservação. E tanto a esfera jurídica quanto o próprio processo civil não fogem dessa dança. Novamente, seus passos são conduzidos por um movimento mais amplo, ao qual obrigatoriamente devem se adaptar.

É dessa forma que, colocando maiores lupas sobre a modificação antes ventilada, identificamos que a transição de um Estado predominantemente liberal para um modelo mais inclinado ao *welfare* passou por realocações *funcionais e estruturais*. A escassez impostas no

momento quanto na releitura posterior. Afinal, ao se falar em “justa composição da lide”, essa ideia de “justeza” sempre esteve atrelada à atuação estatal. Em síntese, ao se construir um conceito de “jurisdição”, acabou-se adotando caminho no qual a presença do Estado seria elemento *sine qua non*.

²⁷³ Fala-se aqui em compreensão “total” da jurisdição na medida em que, como sabido, tem sido recorrente o debate quanto à possibilidade de que também se natureza jurisdicional confira à arbitragem. Nesse sentido, indica-se que, pelo fato de pacificar conflitos, também esse meio resolutório disporia de tal qualificação. E é precisamente aqui que se justifica conferir definição ampla à ideia de “jurisdição”, estabelecendo que, ao se lançar mão aqui desse conceito, designa-se uma atividade inevitavelmente investida de *imperium* – limitando-se, assim, à esfera estatal. Nesse particular, Talamini destaca que “conquanto legítima e plenamente compatível com a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, a atividade arbitral é privada. O árbitro não exerce a jurisdição estatal. Sua origem está em um ato negocial das partes – regrado e até protegido e incentivado pelo Estado. Mas não há um ato de delegação estatal. Se for para utilizar o termo “jurisdição” no sentido clássico, de uma das modalidades de expressão do poder soberano do Estado, a arbitragem não é “jurisdicional””. E, disso, extrai que “consequência do caráter não estatal da arbitragem reside na circunstância de que os árbitros não detêm o *imperium* estatal. Não podem adotar medidas de força coativa. Toda vez que dela necessitarem, precisam recorrer à autoridade judiciária”. TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e a Tutela Provisória no Código de Processo Civil de 2015. In. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v.46. São Paulo: Ed. RT, 2015. p.288.

²⁷⁴ “Organizado o Estado e estabelecida a sua ordem jurídica, o que implica a imposição de regras de conduta a serem observadas pelos cidadãos, automaticamente estará proibida a estes a defesa ou a realização própria (autotutela) dos interesses sob a proteção do direito objetivo. Em outras palavras, entendemos a vedação à autotutela pressuposto inafastável à organização e à própria existência do Estado. Em decorrência dessa proibição, surge, também como pressuposto, o dever-poder do Estado de prestar jurisdição a todos os cidadãos, eis que não podem eles se valer da autotutela”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio. Ob. cit. p.83.

²⁷⁵ Na dicção de Ovídio Baptista da Silva, “o crescimento avassalador do Estado moderno está intimamente ligado ao monopólio da produção e aplicação do direito, portanto à criação do direito, seja em nível legislativo, seja em nível jurisdicional”. Cita-se, SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. p.23.

período de pós-Guerra e as consequências dos combates trouxeram novos desafios para o setor público, impondo uma releitura de seus modais de atuação incompatível com o *laissez faire*.

Guardando similitude, o próprio cenário da Economia sofreu profundas modificações neste momento, devido às perplexidades e mazelas decorrentes do *crack* da Bolsa de 1929 e à ascensão dos ideais keynesianos (vistos como possível resposta teórica ao problema ²⁷⁶). Passou-se a conceber a participação estatal na economia como condição para o seu equilíbrio, tendo em conta a falibilidade do mercado e o “instinto animal” dos seus atores ²⁷⁷. É certo que a análise sofreu diversas críticas, pautadas em tópicos como os elevados custos indissociáveis do seu modelo ²⁷⁸. Contudo, a disputa argumentativa levou a uma readequação de valores, à qual a estrutura pública teria que se amoldar.

Transpondo os olhares à esfera jurídica, a alternância de pensamento forjou o reconhecimento de que o Estado não poderia mais se limitar à postura previamente adotada. Neste sentido, sua ação positiva e proativa foi reconhecida primeiramente (ainda que de modo assistemático) pela Constituição Mexicana de 1917 e, um biênio após, pelo texto constitucional de Weimar ²⁷⁹. Formou-se uma nova diretriz, basal à ideia de “direito

²⁷⁶ “John Maynard Keynes had been an early critic of the disastrous, bungled effort to restore a global economic order after World War I. In his prescient 1920 book, *The Economic Consequences of the Peace*, he had inveighed against both the attempt to reestablish the prewar gold standard and the draconian reparations extracted from defeated Germany. The worsening instability of the global economy during the 1920s vindicated his criticism, and by the time of the cataclysmic world depression, the mature Keynes was fashioning his insights into his magisterial *General Theory* (...) for Keynes, the international realm of the laissez-faire economy displayed a special version of his general theory, especially vulnerable to instability and depression and resistant to stabilization. An individual nation, with a relatively self-sufficient national economy (...) could manipulate total demand to generate adequate rates of savings, investment growth, and employment. But an open global economy of cross-national trade (...) tended to intensify periodic depressions”. KUTTNER, Robert. *The end of laissez-faire – National purpose and the global economy after the cold war*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992. p.26-27.

²⁷⁷ Expondo a construção teórica de Keynes (1883-1946), cita-se, por todos, KEYNES, John Maynard. *The General Theory of Employment, Interest and Money*. London: Palgrave Macmillan, 1936.

²⁷⁸ “Observam-se no Estado social de Direito fundos sintomas de crise – a chamada crise do Estado-providência, derivada não tanto de causas ideológicas (o refluxo das ideias socialistas ou socializantes perante ideias neoliberais) quanto de causas financeiras (os insuportáveis custos de serviços cada vez mais extensos para populações activas cada vez menos vastas), de causas administrativas (o peso de uma burocracia não raro acompanhada de corrupção) e de causas comerciais (a quebra de competitividade, numa economia globalizante, com países sem o mesmo grau de protecção social”. MIRANDA, Jorge. Ob. cit. p.100.

²⁷⁹ “Com a Primeira Grande Guerra e o Pós- Guerra, os Estados viram-se constrangidos a intervir na economia (tanto sob a forma regulatória, com a edição de normas cogentes a disciplinar a conduta dos privados, como sob a forma de gestão, com a instalação de fábricas e atividades industriais controladas pelos entes públicos). A primeira Constituição a tratar de temas econômicos foi a mexicana, de 1917. Mas foi a Constituição alemã de 1919, a “Constituição de Weimar”, a ter um capítulo exclusivo que regia a vida econômica de uma nação. É clássica a expressão “a propriedade obriga”, que constava do art. 153 da Constituição de Weimar. Então, o Estado passou a incorporar a economia em suas diretrizes primeiras e a intervir com cada vez mais intensidade no domínio econômico. Afinal de contas, e como escreveu Comparato, consagrar o “*laissez faire*” implicaria celebrar um “*laissez ne pas faire*” – vez que a economia privada já não mais dispunha de forças. O grande teórico da economia dessa fase foi Keynes – cujas obras tanto influenciaram as formas de intervenção do Estado

econômico” e que atingiu diretamente o próprio reconhecimento de direitos substanciais - levando ao desenvolvimento paulatino e cumulativo de suas “gerações” ²⁸⁰.

Assim, Estado e sociedade se encontram em um constante movimento de diálogo e de adaptação, repercutindo também no direito processual civil. A perspectiva reitera a necessidade de que a disciplina disponha de plasticidade: o processo está inserido no programa estatal, e, por isso, deve com ele se harmonizar. Além disso, é esse mesmo fluxo que justifica sua transição superveniente para diferentes formas de Estado Constitucional. Novamente aqui há uma inversão de sentido e de feições no agir público, afinando o aparato estatal e impactando a jurisdição.

Na realidade brasileira, essa passagem possui como seu suporte mais marcante a promulgação da Constituição Federal de 1988. De fato, a virada de página trazida pelo atual texto constitucional em nosso direito processual civil não é novidade, já tendo recebido célebres expressões. Em alguns pontos, a alteração foi decisiva, colorindo o tema com tons até então inéditos.

Foi nesse sentido que o texto constitucional transpareceu, entre outros tópicos, que o exercício jurisdicional não se limitaria a uma declaração passiva e neutra da (eventual) vontade da lei ²⁸¹. Encampou-se a ideia de que a jurisdição deveria redundar em uma proteção efetiva, culminando no realinhamento das técnicas processuais e na ressignificação do próprio

na economia (...) Pois é a partir de então – início do século XX – que a economia se torna uma questão de Estado, senão a mais importante delas”. MOREIRA, Egon Bockmann. Os princípios constitucionais da atividade econômica. In. *Revista da Faculdade de Direito*. n.45. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006. p.104-105.

²⁸⁰ A ideia de “gerações” de direitos fundamentais foi apresentada despretensiosamente por Karel Vasak (1929-2005) no ano de 1979 em aula inaugural proferida no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem e ganhou relevo por longo tempo junto à doutrina – ainda que sejam inúmeras as críticas contra si desferidas, notadamente pela inocorrência prática da historicidade por ela aparentada. Em outros termos, o argumento contrário reside na possibilidade de que a noção de “geração” conduza à crença de que os direitos de distintas categorias não guardariam relação de cumulação; é dizer, a partir do nascimento daqueles de segunda geração não mais haveria espaço para os de primeira, e assim sucessivamente. É o que leva alguns, como Ingo Sarlet, a substituir a expressão pelo termo “dimensão”. Nas palavras do autor, “a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno”. Cita-se, VASAK, Karel. *For the third generation of human rights: the rights of solidarity*. Aula Inaugural, Tenth Study Session, International Institute of Human Rights, July, 1979. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.46.

²⁸¹ “O dever de proteção ou de tutela dos direitos, que identifica o Estado constitucional, nada tem a ver com a noção clássica de direito subjetivo. O Estado possui o dever de tutelar determinados direitos, mediante normas e atividades fático-administrativas, em razão da sua *relevância social e jurídica*. Trata-se do dever de tutelar os direitos fundamentais. Mas não é só. O Estado também tem o dever de tutelar *jurisdicionalmente* os direitos fundamentais, inclusive suprimindo eventuais omissões de tutela *normativa*, além de ter o dever de dar tutela *jurisdicional* a toda e qualquer espécie de direito – em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CF)”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil - Teoria do Processo Civil*. p.159.

papel a ser desempenhado pelo magistrado²⁸². Além disso, conferiu-se *status* de garantia fundamental a temas como o processo coletivo²⁸³ e redesenhou-se a gama de princípios e de deveres que perpassa a atuação jurisdicional²⁸⁴. Em resumo, foram trazidas à matéria novas preocupações e novas leituras, fomentando iguais modificações em sua lógica legislativa e na mentalidade de seus operadores.

Mantendo o juízo de similitude que vem sendo proposto, notamos que essas alterações realizadas no processo refletem as próprias modificações do arranjo estatal brasileiro. Por esse motivo, se nosso ambiente social e político se tornou bastante mais complexo nas últimas décadas, o processo e a jurisdição também devem estar inseridos nesse caldo. Concebendo que a resolução de litígios se tornou contemporaneamente uma questão de Estado, não há como compreendê-la sem ter em mente essa figura. É apenas a partir dessa

²⁸² “Dizer que a lei tem a sua substância moldada pela Constituição implica em admitir que o juiz não é mais um funcionário público que objetiva solucionar os casos conflitivos mediante a afirmação do texto da lei, mas sim um agente do poder que, através da adequada interpretação da lei e do controle da sua constitucionalidade, tem o dever de definir os litígios fazendo valer os princípios constitucionais de justiça e de direitos fundamentais.” Idem. p.97-98.

²⁸³ Como exposto em outra ocasião, “sentimo-nos confortáveis para afirmar que a Constituição Federal de 1988 concedeu ao processo coletivo o status de garantia constitucional. A constatação não é pouco, colocando a matéria na mesma poltrona em que se situa o processo civil “clássico” ou “individual” e fazendo com que os avanços e garantias incidentes sobre um também devam atingir o outro. É este o caso da própria abertura procedimental acima descrita. Para chegar a esta observação recorda-se que a Carta Constitucional de 1967 previa em seu art.150, §4º, a vedação de que qualquer ameaça a direito individual fosse excluída do apreço jurisdicional. Em seus próprios termos, dispunha que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Ainda que com conteúdo semântico incomparável àquele que hoje vivenciamos e que nos é posto pela Constituição de 1988, é certo que residia ali um ponto de apoio essencial para o direito processual civil e para sua lógica construída ao redor da ideia de “ação”. Não obstante, a disposição possuía âmbito de abrangência textualmente limitado a direitos individuais, fazendo com que se tornasse ao menos passível de questionamentos se sua carga também alcançaria os interesses de cariz coletiva que pouco a pouco foram ganhando maior relevo e respaldo jurídico. É certo que a questão poderia ser objeto de interpretações diversas e que, pela via hermenêutica, haveria plena possibilidade de que a leitura restritiva da tutela de direitos fosse superada. A Constituição Federal de 1988, entretanto, foi além, findando de maneira definitiva o problema (em claro avanço da disciplina processual). É que, no inciso XXXV de seu art.5º, o atual texto constitucional fez constar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Com a simples subtração de uma complementação possivelmente restritiva, deste modo, ampliou-se expressamente o âmbito de incidência da garantia fundamental de ação: se antes havia uma possível válvula de escape gramatical para sua limitação (fundada na menção explícita à ideia de “direito individual”), com a nova redação sequer esta possibilidade se mantém intacta”. ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. A ação civil pública e o processo coletivo sob o contexto constitucional: breves diagnósticos e alguns desafios. In: Clémerson Merlin Clève. (Org.). *Direito Constitucional Brasileiro*. v.1. São Paulo: Ed. RT, 2014. p.800.

²⁸⁴ Identificando esse acoplamento, Teori Zavascki percebe que, hoje, “as características básicas da função jurisdicional e da correspondente tutela prometida pelo Estado encontram-se referidas no próprio texto da Constituição, nomeadamente em seu art. 5º. Assim, ao mesmo tempo em que se chama a si o monopólio do exercício da tutela dos direitos, proibindo, consequentemente, a autotutela (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, fiz o inciso LIV), o Estado assume o compromisso de apreciar e, se for o caso, dispensar a proteção devida, a toda e qualquer “lesão ou ameaça a direito” (inciso XXXV) (...) diz mais a Constituição: “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (inciso LV). Ou seja, a tutela jurisdicional será conferida em processo em que os indivíduos estejam envolvidos no conflito terão, em igualdade de condições, a oportunidade (...) utilizar amplamente os meios apropriados a fazer com que o prato da balança pensa em seu favor”. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.18-19.

abordagem que suas contradições e suas nuances poderão ser mais bem compreendidas.

5.2. O processo civil e o Direito Público

Diante dessa inserção contextual e política, há espaço ainda para outra constatação. É que, assim situadas as coisas, o processo civil deve ser compreendido como um ramo do *direito público*. É essa a sua melhor conformação, conferindo à disciplina um novo vocabulário e despertando os olhares de seu teórico para desafios por vezes despercebidos.

Para compreender esse aspecto, é interessante notar que, embora desconcertada em tempos recentes, a cisão entre “*direito público*” e “*direito privado*” vem dando as cartas da construção jurídica ao longo do último século²⁸⁵. Já nos espaços acadêmicos e escolares se costuma traçar uma linha firme segregando os dois polos. Da mesma forma, é corriqueiro que também no âmbito forense a natureza *pública* ou *privada* do debate se estabeleça como verdadeira regra de competência. A premissa vai dos quadros negros aos fóruns, influenciando nossa realidade²⁸⁶.

Nesse percurso, temas como a responsabilidade civil, as relações contratuais, o direito societário ou os títulos de crédito são colocados em uma das pontas, reforçando seu cariz *privado*. Na outra, entram em cena elementos como a iniciativa legislativa, os direitos fundamentais, o direito financeiro, o direito administrativo e a regulação tributária, definidos como de *direito público*. Remanesceria, contudo, uma questão: nessa dicotomia, qual o papel ocupado pelo *processo*?

O problema não é inteiramente inédito, e sua peculiaridade está ligada à própria

²⁸⁵ Identificando a origem dessa *summa divisio*, e a relacionando ao pensamento romano clássico, Bobbio afirma que “através de duas comentadíssimas passagens do *Corpus iuris* (...) que definem com idênticas palavras respectivamente o direito público e o direito privado (...) a dupla de termos público/privado fez seu ingresso na história do pensamento político e social do Ocidente. Depois, através do uso constante e contínuo, sem substanciais modificações, terminou por se tornar uma daquelas “grandes dicotomias” das quais uma ou mais disciplinas (...) servem-se para delimitar, representar, ordenar o próprio campo de investigação (...) na linguagem jurídica, a preeminência da distinção entre direito privado e direito público sobre todas as outras distinções, a constância do uso nas diversas épocas históricas, a sua força inclusiva, foram tão expressivas que induziram um filósofo do direito de orientação neokantiana a considerar os conceitos de direito privado e de direito público inclusive como duas categorias *a priori* do pensamento jurídico”. BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade – Para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p.13-14.

²⁸⁶ A presença constante da dicotomia nas ementas escolares e nas composições curriculares de nossas instituições de ensino superior é mencionada por Gabriel Schulman, que também recorda que “nos tribunais, é habitual a existência de seções ou câmaras especializadas em Direito Privado ou Direito Público. No Superior Tribunal de Justiça tal denominação foi suprimida do art.9º na última alteração do regimento, contudo, ao cotejar as matérias das seções, verifica-se que foi mantida a distribuição de matérias prevista anteriormente, na qual “§1º À Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos atinentes ao Direito Público, §2º À Segunda Seção cabe processar e julgar os feitos atinentes ao Direito Privado”. SCHULMAN, Gabriel. *Planos de saúde – saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.82-83.

essência maleável de nosso processo civil. É que, especialmente na realidade brasileira, sua “instrumentalidade necessária” alcança de maneira quase inalterada aspectos que se situam nos dois lados da classificação²⁸⁷. Compete à disciplina atuar tanto em uma demanda afeta a contratos empresariais quanto em um litígio de fundo ambiental. Em outros termos, cabe ao processo civil prestar tutela adequada a aspectos predominantemente *públicos* e a questões essencialmente *privadas*, dialogando com ambas as frentes para o desempenho de sua tarefa.

Tendo em vista esse cenário, seria cômodo afirmar que a matéria passa ao lado do problema, não se afeiçoando a qualquer de suas pontas. E esse discurso conciliador possuiria ainda outro aspecto a seu favor: o fato de a própria dicotomia vir sendo objeto de duras críticas ao longo das últimas décadas. Esse argumento, ambientado em um contexto de constitucionalização do saber jurídico, demonstra que a cisão entre *público* e *privado* é atualmente fluída – dispensando quaisquer leituras absolutas que lhe digam respeito²⁸⁸.

Esclarecendo esse ponto, lembremos que a tentativa teórica de segmentar o direito nesses dois grandes ramos ganhou perenidade no ambiente liberal. E, ali, a lógica reproduzia um cenário maior em que a separação rigorosa entre *Estado* e *indivíduo* realmente fazia sentido. Era sob essa baliza que se procurava reduzir ao máximo a atuação estatal no campo

²⁸⁷ Difere-se assim de modelos como o francês, no qual, como explica Bacellar, “a existência (...) de uma Jurisdição Administrativa distinta da Jurisdição Judiciária representa produto da história, deitando raízes na concepção de monarquia, sistematizadas neste ponto pela Revolução Francesa”. Esse tipo de cisão também é visível no direito italiano, impactando em tópicos como o âmbito de incidência da demanda de classe prevista no *Codice del Consumo*. É que, como reconhecido por Arenhart, “esta ação só pode ser utilizada contra ato praticado por particulares. É assim porque a Itália possui sistema apartado para a resolução do contencioso administrativo, de modo que eventuais coletivas contra o Poder Público são ajuizadas perante a Jurisdição Administrativa e recebem regulamentação distinta”. Assim, BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. In: *Revista de Direito Administrativo*. n.211. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.66. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. p.109.

²⁸⁸ Como afirma Gabriel Schulman, “certamente a divisão nítida entre público e privado, adotada pela codificação, não dá conta de explicar (o processo de transição para) o Direito contemporâneo. Seus novos contornos, todavia, não estão a indicar quer a unificação, quer a prevalência de uma das esferas a “englobar” a outra. Outrossim, equivocadamente simplesmente invocar uma *confusão* entre público e privado (...) ademais, a doutrina contemporânea vislumbra uma zona de intersecção, ou de coexistência, ao se constatar “o surgimento de inúmeras figuras insuscetíveis de classificação cômoda em qualquer dos dois ramos do direito” (...) o “código binário” público/privado não é suficiente para explicar os novos arranjos. Os perfis contemporâneos evidenciam novas questões que não são comportadas pela divisão absoluta”. Na mesma linha, cita-se o entendimento de Romeu Felipe Bacellar Filho, estabelecendo que “a crise do Estado Social possibilita a construção – ainda em andamento – do Estado Democrático de Direito centrado na idéia de cidadania, compreendida numa dimensão procedimental enquanto participação ativa. Este Estado tenderia a destruir paulatinamente um paradigma, comum aos dois modelos anteriores - o que fazia diluir o público no estatal - por meio do resgate da esfera privada e das pretensões de autonomia e liberdade. Se no paradigma do Estado Liberal e do Estado Social, as esferas do público e do privado eram tratadas como opostas, no Estado Democrático de Direito passam a ser encaradas como complementares, equíprimordiais. No Estado Democrático de Direito, tenta-se um novo arranjo entre público e privado”. SCHULMAN, Gabriel. Ob. cit. p.79-80. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito público e direito privado: panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato. In: FORTINI, Cristiana. ESTEVES, Júlio César dos Santos. DIAS, Maria Tereza (org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.345 e ss.

da economia, concebendo-a como *interventiva*²⁸⁹. Da mesma forma, era esse o pano de fundo que servia à afirmação da *autonomia privada* e da liberdade de contratar²⁹⁰. Tudo em plena compatibilidade com a natureza *mínima* do ente estatal.

Em uma aplicação clara desse cenário para o campo jurídico, é interessante perceber que nesse momento questões como a fixação estatal de um “salário mínimo”, a revisão judicial de cláusulas contratuais abusivas ou a estipulação da “função social” como limitação ao uso da propriedade tenderiam a soar inimagináveis. Inexistiria legitimidade para que o Estado se imiscuísse de tal maneira na autonomia individual, priorizando-se valores como o *pacta sunt servanda* e garantindo-se que a risca entre as arenas *pública* e *privada* não seria transposta²⁹¹.

Sem criticar esse posicionamento, já que adequado ao seu ambiente, o certo é que a diversidade do cenário contemporâneo fez com que as questões acima se tornassem centrais à gramática de nosso jurista. Na realidade brasileira, a própria Constituição Federal endossa essa postura, instituindo direitos trabalhistas contratualmente inalienáveis²⁹², submetendo o

²⁸⁹ A afirmação se dá tendo em conta que, nas bases tradicionais do vernáculo, o ato de “intervir” sugere ideias como “meter-se de permeio, vir ou colocar-se entre, por iniciativa própria” ou “ingerir-se”, de tal modo que é implícita à ideia de “intervenção” a condição de alienação daquele que intervém. “Intervenção” em sentido técnico, assim, é noção equiparável à de imissão, razão pela qual é equivocado querer abordar a atual participação do Estado na economia como de real “intervenção”, pois a esfera econômica não pode ser vista como estranha à atividade estatal. No período de *laissez-faire*, todavia, a ideia era diversa e a relação entre o setor econômico e o Estado efetivamente seria de estranheza, fazendo com que, tecnicamente, seu agir regulatório representasse verdadeira intervenção. Sobre as definições do termo, cita-se FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1980. p.961

²⁹⁰ “A autonomia privada, fonte para a constituição de relações jurídicas (...) não encontra seu fundamento (...) na tradição romana que nos é tributada, mas no abstrato pacto fundante do Estado moderno, que surge, historicamente, como o produto de um novo arranjo de forças instituído pela classe que derrotou o *ancien régime*. Não bastava para os vencedores da Revolução, contudo, apenas o poder político. Era necessário para a classe insurgente universalizar (sempre formalmente) a atividade econômica de produção, além de adquirir aqueles bens que estavam sob domínio do clero e da nobreza, mediante um instrumento que permitisse o trânsito seguro destes, sem que, ao mesmo tempo, não se visse a negar a própria ideia de liberdade e propriedade (...) é assim que o poder de se vincular, socorrendo-se da garantia jurídica estatal para a manutenção dos pactos (*pacta sunt servanda*), inaugurava uma relação entre indivíduo e Estado, marcada pela concessão (ou reconhecimento) de um espaço de atuação privada delimitado pelo direito”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Ed. RT, 2003.p.68-70.

²⁹¹ É assim que, como posto por Fábio Nusdeo ao investigar o avanço da mentalidade liberal e o seu reflexo no plano das instituições, deve-se destacar “quão útil para o liberalismo e quão afeiçoada aos seus princípios se mostrou a separação entre o Direito público e o privado, lançada pelo jurista romano Ulpiano, segundo o qual o primeiro tinha por objeto do estado das coisas de Roma – dir-se-ia depois do Estado -, enquanto o segundo preocupava-se com a utilidade, o interesse, de cada cidadão. Àquela divisão, lançada por Ulpiano, sem maiores fundamentações, o liberalismo deu contornos de um verdadeiro dogma, adotando-a sem restrições”. NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2005. p.138-139.

²⁹² “Após a Segunda Guerra Mundial, superadas, na Europa, as experiências traumáticas e constrangedoras do fascismo e do nazismo, as novas Constituições promulgadas em importantes países europeus conferiram novo *status* ao processo de constitucionalização trabalhista. É que passaram a inserir nos Textos Magnos não só direitos laborativos, mas principalmente *princípios jurídicos*, vários deles associados à mesma perspectiva de construção e desenvolvimento do Direito do Trabalho (...) no Brasil (...) tal tendência adquiriu novo *status* apenas com a Constituição de 1988. É que esta, em inúmeros de seus preceitos (...) firmou princípios basilares

exercício da propriedade ao cumprimento de sua função social ²⁹³ ou irradiando direitos fundamentais incidentes também nas relações entre particulares ²⁹⁴. Seja como prestador, seja como garantidor, o Estado passa a desempenhar papel mais amplo, fazendo com que o muro que separava as esferas seja abalado.

Nesse sentido, a dicotomia possui hoje contornos menos rígidos, gerando zonas cinzentas e rechaçando qualquer forma de simplismo. Contudo, esse movimento não ilide sua relevância. Ainda que o campo jurídico seja disperso, seu desdobramento a partir de duas faces (teoricamente) separadas fez com que cada uma ganhasse corpo e linguagens próprias ²⁹⁵. E é nesse ponto que consideramos oportuno realçar a natureza *pública* do processo,

para a ordem jurídico, o Estado e a sociedade – grande parte desses princípios elevando ao ápice o *trabalho* (...) nesse período (...) portanto, o reporte permanente à Constituições e aos princípios basilares do Direito Constitucional, ao lado dos essenciais ao ramo juítrabalhista, é veio condutor fundamental para o estudioso e operador do Direito do Trabalho”. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012. p.76-77

²⁹³ Conforme Fachin, “a exacerbação do individualismo acentuou na propriedade o caráter de inviolabilidade de absolutismo. Hoje, já se imprime à propriedade privada um conjunto de limitações formais, sendo composto de restrições e induzimentos que formam o conteúdo da função social da propriedade que não se confunde com a função social da posse. O absolutismo no exercício da propriedade sofreu a intervenção de idéias que progressivamente construíram a doutrina da denominada *função social* da propriedade (...) a função social relaciona-se com o *uso* da propriedade, alterando, por conseguinte, alguns aspectos pertinentes a essa relação externa que é o seu exercício”. Na mesma linha, Tepedino e Schreiber afirmam que “a Constituição brasileira de 1988 assegura, em seu artigo 5º, inciso XXII, o direito à propriedade. Apressou-se, todavia, o constituinte em determinar, no inciso XXIII, do mesmo artigo, que “a propriedade atenderá a sua função social.” E mostrou-se igualmente diligente ao tratar dos princípios da ordem econômica, referindo-se, no inciso II do artigo 170, à propriedade privada, e, no inciso imediatamente seguinte, à “função social da propriedade.” A postura, refletida nestes dispositivos e em outras passagens do texto constitucional, conduz inevitavelmente à conclusão de que, no direito brasileiro, a garantia da propriedade não pode ser compreendida sem atenção à sua função social. A idéia da função social, como se sabe, vem romper com a concepção individualista e liberal do direito de propriedade”. FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. p.17. TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. In. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. n.6. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p.101-102.

²⁹⁴ Como posto por Daniel Sarmento, “a teoria liberal clássica limitava o alcance dos direitos fundamentais à regência das relações públicas, que tinham o Estado em um dos seus pólos. Tais direitos eram vistas como limites ao exercício do poder estatal, que, portanto, não se projetavam no cenário das relações jurídico-privadas. Hoje, tal concepção, que caracteriza o modelo de constitucionalismo liberal-burguês, revela-se anacrônica. Parece indiscutível que se a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados (...) a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna um imperativo incontornável. Essa necessidade é ainda mais imperiosa em contextos sociais caracterizados por grave desigualdade social e assimetria de poder, como ocorre no Brasil. Em quadros como o nosso, excluir as relações privadas do raio de incidência dos direitos fundamentais importa em mutilar seriamente estes direitos, reduzindo a sua capacidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana”. SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In. LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel. *Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011. p.285-286. Sobre o tema, ver também SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

²⁹⁵ Concorde-se assim, em alguma medida, com Luís Roberto Barroso, para quem “o fato de que o Estado, por vezes, não atua investido de superioridade jurídica constitui uma hipótese particular, que não compromete os fundamentos da diferenciação. Da mesma forma, a circunstância de que o Direito é normalmente público na sua origem – porque emanado do Estado – e visa, em última análise, ao bem-estar de cada pessoa individualmente considerada, identifica peculiaridades da ciência jurídica, sem infirmar a validade e utilidade da classificação em

adequando o seu vocabulário e percebendo os efeitos trazidos por essa definição.

De fato, embora a disciplina processual possa atuar tanto em aspectos (predominantemente) *públicos* quanto em questões (fundamentalmente) *privadas*, nada obsta que ela própria também assuma sua essência. Trata-se de consequência direta de sua autonomia relativa, tributada ao período pós-sincretista. E, ao enquadrarmos a matéria no contexto estatal, observamos que sua natureza tende à esfera *pública* (inexistindo qualquer critério balizador da dicotomia que não leve a essa conclusão ²⁹⁶).

Nesses termos, lançando mão da separação didática entre o *público* e o *privado*, o direito processual se enquadra adequadamente no primeiro grupo. Essa premissa é elementar ao estudo da matéria. E, embora ela não seja inédita, seu principal efeito nem sempre é percebido: ao compreender o processo como ramo do *direito público*, é preciso reconhecer que é essa a fonte da qual ele extrairá os seus parâmetros, trazendo um novo suporte para a

público e privado (...) na verdade, é fora de dúvida que na vida das pessoas e na prática das instituições existe, claramente, um regime jurídico de direito público e outro de direito privado. No regime jurídico de direito privado, vigoram princípios como os da livre iniciativa e da autonomia da vontade. As pessoas podem desenvolver qualquer atividade ou adotar qualquer linha de conduta que não lhes seja vedada pela ordem jurídica. O particular tem liberdade de contratar, pautando-se por preferências pessoais (...) já o regime jurídico de direito público funda-se na soberania estatal, no princípio da legalidade e na supremacia do interesse público (...) a atuação do Estado na prática de atos de império independe da concordância do administrado, que apenas suportará as suas consequências, como ocorre na desapropriação”. Na mesma linha, estabelece Maria Sylvia Zanella Di Pietro, fixando que “apesar das críticas a esse critério distintivo, que realmente não é absoluto algumas verdades permanecem: em primeiro lugar, as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a ideia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p.55-56. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.66.

²⁹⁶ Nesse sentido, veja-se a demonstração realizada por Carlos Alberto da Mota Pinto (1936-1985) a respeito dos argumentos regularmente postos para fundamentar a dicotomia. Embora problematize a real aplicabilidade dessas guias, o autor salienta que “um critério divulgado é o que delimita o direito público e o direito privado segundo a chamada teoria dos interesses. Estaríamos perante uma norma de direito público, quando o *fim da norma* fosse a tutela de um *interesse público*, isto é, de um interesse da colectividade; deparar-se-ia uma norma de *direito privado*. Quando a norma visa tutelar ou satisfazer *interesses individuais*, isto é, *interesses* dos particulares como tal”. Na sequência, lembra que “poderia pensar-se em recorrer ao critério, segundo o qual o direito público disciplina relações entre entidades que estão numa posição de *supremacia e subordinação* (...) enquanto o direito privado regularia relações entre entidades numa *posição relativa de igualdade ou equivalência*”. Por fim, Mota Pinto destaca que o “critério mais adequado e que hoje reúne a maioria dos sufrágios pode ser designado por *teoria dos sujeitos*, em virtude de assentar na *qualidade dos sujeitos das relações jurídicas* disciplinadas pelas normas a qualificar como de direito público ou de direito privado, melhor, na posição em que intervêm os sujeitos. Segundo esse critério, o *direito privado* regula as relações jurídicas estabelecidas *entre particulares* ou entre particulares e o Estado ou (...) entes públicos, mas intervindo o Estado ou esses entes públicos em veste de particular, isto é, despidos de (...) poder soberano (...) se a relação jurídica disciplinada pela norma não se apresenta com estas características estamos perante uma norma de *direito público*”. Em nossa visão, aplicando qualquer um dos três critérios a conclusão é a mesma, corroborando-se a natureza pública do direito processual civil. Cita-se, MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4 ed. Atualizado por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p.36-40.

sua observação.

É com essa moldura que se vê, por exemplo, que a construção da disciplina e a sua atuação cotidiana têm de resguardar fielmente os princípios constitucionais imputados à Administração Pública. Assim, questões como a impessoalidade e a eficiência devem pautar tanto a lei processual civil quanto a resolução cotidiana de litígios, norteando seus agentes e criando um prisma interpretativo necessário à sua atuação ²⁹⁷. Tópicos como a *suspeição* e a *imparcialidade* ganham novas cores, notando-se que as balizes globalmente trazidas para toda a esfera estatal também são imponíveis ao processo ²⁹⁸.

Da mesma forma, essa questão também dá novo sentido à preocupação do processualista com a *motivação* das decisões e com sua *razoabilidade*. Também por aqui, o que se vê são pormenorizações de diretrizes imputadas em sentido mais amplo a toda a Administração ²⁹⁹. Sua estipulação no campo processual, em última análise, representa o

²⁹⁷ Afinal, parece viável identificar em nosso ordenamento uma espécie de axiologia própria da atividade administrativa, levando àquilo que Carlos Ari Sundfeld concebe como “princípios gerais do direito público”. No entendimento do autor, “a enunciação desses princípios cumpre dupla finalidade: de um lado, mostra a distinção entre o direito público e o privado; de outro, desenha o *regime jurídico* do direito público, cuja compreensão é essencial para trabalhar com qualquer ramo específico”. Em síntese, a partir desse rol de princípios (em que Sundfeld insere a “autoridade pública”, a “submissão à ordem jurídica”, a “função”, a “igualdade dos particulares”, o “devido processo”, a “publicidade”, a “responsabilidade objetiva” e a “igualdade das pessoas políticas”) seria estabelecido o embasamento que “identifica e peculiariza o direito público”, permitindo o seu estudo. Assim, SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.152-153.

²⁹⁸ Explicando a aplicação da impessoalidade no campo administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição. Além disso, assim como “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*), *a fortiori* teriam de sê-lo perante a Administração. No texto constitucional há, ainda, algumas referências a aplicações concretas deste princípio, como ocorre no art. 37, II, ao exigir que o ingresso em cargo, função ou emprego público depende de concurso público, exatamente para que todos possam disputar-lhes o acesso em plena igualdade”. Levando essa noção para o direito processual, percebe-se que, inexoravelmente, é ela que se encontra na base dos critérios legais de suspeição e de impedimento. Essa similitude é percebida por Dinamarco, levando-o a afirmar que “a Constituição não dedica palavras à garantia da imparcialidade do juiz mas contém uma série de dispositivos destinados a assegurar que todas as causas postas em juízo (...) sejam conduzidas e processadas por juízes imparciais (...) os agentes estatais têm o dever de agir com *impessoalidade*, sem levar em conta (...) sentimentos ou interesses e, portanto, com a abstração de sua própria pessoa. O juiz, ao conduzir o processo e julgar a causa, é naquele momento o próprio Estado, que ele consubstancia nessa atividade”. E, nas palavras do autor, é diante disso que “o Código de Processo Civil estabelece casos em que, segundo a experiência comum, o juiz se considera fragilizado em sua capacidade de ser firme e imparcial, com o risco de mostrar-se menos resistente a pressões e tentações a que, como ser humano, poderia estar sujeito: vêm daí os conceitos de *impedimento* e *suspeição do juiz* (...) integrados na técnica pela qual o juiz se abstém de officiar em dado processo ou pode ser recusado pela parte”. Cita-se, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p.117. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. p.219-221.

²⁹⁹ Uma vez mais lançando mão do pensamento de Bandeira de Mello, vê-se que, ao identificar o papel ocupado pelo princípio da motivação no âmbito da Administração Pública, o autor esclarece que “dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos

reconhecimento de que cabe o *magistrado* atuar tal qual espécie de *administrador público*³⁰⁰. E, nos parâmetros aqui postos, essa aproximação soa acertada e natural.

Lançando mão desse último aspecto, compreendemos ainda que, no exercício de sua atribuição institucional, o juiz não possui reais *poderes*. Pelo contrário, diante do interesse público que permeia seu agir, a ideia de *poder-dever* se mostra mais idônea para definir seu feixe de atuação³⁰¹. É nesse sentido que, ao deparar-se com pedido liminar embasado em situação de urgência, o deferimento da tutela antecipatória não lhe é uma mera *opção*³⁰². Também é assim que, diante de embargos declaratórios voltados a suprir omissão efetivamente verificável em sentença, não lhe cabe *optar* entre prover ou não a medida³⁰³.

em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo. A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipóteses (...) em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de aturada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada. É o que sucede, por exemplo, na tomada de decisões em procedimentos nos quais exista uma situação contenciosa, como no chamado processo administrativo disciplinar. Idem em certos procedimentos em que vários interessados concorrem a um mesmo objeto, como nas licitações”. *Mutatis mutandi*, a transposição dessa ideia para o campo processual, justapondo-o à exigência de fundamentação das decisões judiciais, demonstra novamente que a essência que dá o tom nas duas figuras é coincidente. Idem. p.115.

³⁰⁰ E é por esse motivo, aliás, que se chegam a conclusões como as de Teresa Arruda Alvim Wambier, fixando que “é nula sentença desprovida de fundamentação e de relatório, aliás, sob certo aspecto, duplamente nula. Nula é a sentença desprovida de fundamento, constituindo, a sentença assim proferida, “negativa de prestação jurisdicional”. A ausência de motivação da decisão é tida como ensejadora de cerceamento de defesa, uma vez que, não estando fundamentado o ato judicial, fica a parte concretamente obstada de discutir a justiça ou a legalidade da decisão”. Assim, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6 ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p.310-311.

³⁰¹ Explicando a questão, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “costuma-se dizer - insatisfatoriamente, aliás - que competências são uma demarcação de poderes, um feixe de poderes ou um círculo de poderes. Esta forma de expressar é imprópria e escamoteia a verdadeira natureza das competências. Com efeito, inobstante os poderes que elas exprimem sejam, efetivamente, seu lado mais aparente, antes que poderes as competências são deveres, o que é particularmente visível no caso das competências administrativas. Na verdade, elas são deveres-poderes (...) ditas competências são atribuídas ao Estado, a seus órgãos, e, pois, aos agentes neles investidos, especificamente para que possam atender a certas finalidades públicas consagradas em lei; isto é, para que possam cumprir o dever legal de suprir interesses concebidos em proveito da coletividade (...) Vale dizer, os titulares destas situações subjetivas recebem suas competências para as exercerem em prol de um terceiro: a coletividade que representam. Então, posto que as competências lhes são outorgadas única e exclusivamente para atender à finalidade em vista da qual foram instituídas, ou seja, para cumprir o interesse público que preside sua instituição, resulta que se lhes propõe uma situação de dever, o de prover àquele interesse”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p.146-147.

³⁰² Adotando explicitamente esse enfoque, Paulo Eduardo D’Arce Pinheiro reconhece que “a ideia de função obriga o intérprete considerar que o ente que a exerce, na realidade, recebeu da ordem jurídica, antes de qualquer coisa, o dever de alcançar determinada finalidade (...) quando se fala em função jurisdicional, antes de qualquer coisa, está-se a falar de cumprimento do dever de atingir finalidade predeterminada. Consequentemente, os poderes do juiz são “deveres-poderes” para a consecução de finalidades, instituídos no interesse alheio”. PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. *Poderes Executórios do Juiz*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.32-34.

³⁰³ É diante desse tipo desse tipo de postura que Eduardo Talamini pontua que “é irrelevante investigar se a matéria objeto da omissão, obscuridade ou contradição é ela mesma de ordem pública ou meramente disponível. O defeito em si é de ordem pública – e já é o que basta para que se imponha o dever de correção *ex officio*. O juiz tem o dever de pronunciar-se (e sem obscuridades e contradições) sobre todas as questões que tenham sido alegadas pelas partes – sejam elas de ordem pública ou disponíveis – e ainda sobre todas aquelas a que estava obrigado conhecer de ofício, mesmo que não tenham sido suscitadas por nenhuma das partes. Faltando pronunciamento completo, claro e preciso sobre qualquer dessas questões, está caracterizado o vício de ordem

Em suma, ainda que a decisão judicial possa decorrer de uma escolha interpretativa, há em seu entorno uma série de aspectos vinculados; de questões que, em atenção à estrutura pública da matéria, amoldam-se à noção de *poder-dever*.

Resumindo o tópico, por mais que a distinção entre *público* e *privado* não assuma hoje o mesmo vigor de outro momento, há entre as duas esferas variações que ainda devem ser lembradas. E é nesse sentido que, enquadrando o processo civil, vemos que é na arena *pública* que ele melhor se emoldura. Essa compreensão ilumina temas como o mandado de segurança contra ato judicial³⁰⁴ e reconstrói uma gama de aspectos relacionados à disciplina. Merece assim ser lembrada, facilitando a construção de um processo mais próximo à efetividade.

5.3. *Processo e autoridade: um caminho dissociável?*

A partir do percurso adotado até aqui, há outra característica relacionada ao processo que também ganha novas luzes. É que, ao entendermos a atividade processual como uma questão de Estado e a inserirmos no âmbito da Administração Pública, observamos que ela passa obrigatoriamente por um ato de *poder*. Por mais que se possa debater a respeito de seus contornos, esse dado não deve ser escamoteado.

Para entender esse aspecto, recorremos uma vez mais às premissas anteriormente trazidas, recordando que a jurisdição civil possui em sua gênese a *resolução de conflitos*. Por mais que o conteúdo e a extensão atribuídos a esse acerto seja contextualmente variável, a sua presença se mantém presente de forma perene no cerne da disciplina.

pública. Isso significa que, se a parte formula embargos relativos a determinado capítulo decisório apontando uma suposta obscuridade, o juiz pode, relativamente a tal capítulo decisório embargado, acolhendo ou não tal alegação, suprir uma omissão, eliminar uma contradição ou mesmo esclarecer uma obscuridade diversa daquela alegada”. TALAMINI, Eduardo. Embargos de Declaração: Efeitos. In. MEDINA, José Miguel Garcia. CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (org.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais, estudos em homenagem à Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

³⁰⁴ Identificando o cerne do debate em nosso direito, Celso Agrícola Barbi afirmou que “em sua origem histórica, o mandado de segurança não se destinava à proteção contra atos do Poder Judiciário, mesmo porque os reclamos gerais eram contra o Poder Executivo (...) como a Constituição de 1934, ao criar o instituto, dispôs sobre ato “de qualquer autoridade”, começaram as tentativas junto aos tribunais, para a proteção contra atos judiciais”, fixando que em momento posterior “cindiram-se as opiniões nos tribunais, criando-se ainda várias subdivisões no exame do assunto”. E, em nossa visão, a partir da estrutura aqui proposta o tema é mais bem esclarecido. Aproxima-se com isso do pensamento de Nelson Nery Junior, para quem “diz o art. 5º LXIX, CF, que se dará mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública. O juiz é *autoridade* no sentido da CF, pode praticar atos processuais (jurisdicionais) *ilegais* ou abusivos que, se ameaçarem ou ferirem direito líquido e certo, rendem ensejo ao controle jurisdicional pela via do mandado de segurança”. Cita-se, BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.129-130. NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2014. p.450.

Diante desse pressuposto, a atuação do processo passa por uma série de *decisões* favoráveis a um sujeito e desfavoráveis a outro. Desde a condução inicial da lide até o seu momento final, o Estado-juiz é corriqueiramente instado a agir em questões *controvertidas*, albergando o interesse de um dos litigantes e o impondo perante ambos. E nessas hipóteses, colocando-se entre as pretensões de “A” e “B” e sendo obrigado a fazer valer apenas uma delas, sua conduta passará por um ato de *autoridade*; por um exercício de *imperium*.

A questão pode ser exemplificativamente elucidada. Suponhamos que dois sujeitos celebram contrato de empreitada por prazo determinado, com serviços a serem prestados no município de Santos e cláusula de eleição de foro atribuindo competência ao juízo da comarca de São Paulo. Imaginemos que o contratante incorre em atrasos no pagamento e rescinde antecipadamente a avença, sem qualquer reparação. Por fim, suponhamos que o contratado conduza o caso ao Poder Judiciário, requerendo a indenização tanto pelos valores em atraso quanto por aqueles que alegadamente deixou de lucrar.

Nessa situação, há uma pluralidade de elementos a cujo respeito autor e réu poderiam divergir, demandando uma resolução judicial. Afinal, qual seria o foro responsável pela análise do litígio? As partes teriam que atingir um consenso quanto esse dado? Seria possível que apenas uma delas requeresse a produção de prova pericial? Também quanto a esse aspecto, haveria necessidade de acordo? Existiria margem para discordância quanto aos critérios de correção a serem adotados ou quanto à incidência de juros moratórios?

Como se vê, o pano de fundo *litigioso* que permeia o processo civil representa um campo propício para o debate e para o conflito. Essa orientação faz parte da carga genética da matéria, ditando o seu desenvolvimento e a sua estruturação. E a consequência a ser dela extraída é objetiva: caso se controverta sobre determinada questão, sem a obtenção de acordo, caberá ao Estado *decidir*³⁰⁵. Em uma escolha entre dois interesses, a vedação do *non liquet* exige que um deles seja *acolhido* e o outro *descartado*³⁰⁶. Exerce-se *autoridade*, realizando

³⁰⁵ É nesse sentido que, ao estruturar sua leitura cooperativa do processo, Fredie Didier Jr. faz questão de ressaltar que “não há paridade no momento da decisão; as partes não decidem *com* o juiz; trata-se de *função* que lhe é exclusiva. Pode-se dizer que a decisão judicial é *fruto* da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado. Neste momento, revela-se a necessária assimetria entre as posições das partes e do órgão jurisdicional: a decisão jurisdicional é essencialmente um ato de poder”. DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. p.78.

³⁰⁶ Como constatado por Carlos Ari Sundfeld, “o desempenho de atividade pública traduz sempre e necessariamente um dever jurídico. O agente estatal, quando manobra os poderes que o ordenamento lhe confere, o faz no exercício de uma função, é dizer, de um dever-poder ligado a dada finalidade. Daí a proibição do *non liquet*, imposta ao Juiz, e o princípio da “continuidade do serviço público”, imposto à Administração”. SUNDFELD, Carlos Ari. Competência legislativa em matéria de processo e procedimento. In. *Revista dos Tribunais*. n.657. São Paulo: Ed. RT, 1990. p.33.

uma opção e impondo que ela seja respeitada também pela parte derrotada ³⁰⁷.

Sob essa perspectiva, há na atuação jurisdicional uma clara medida de *poder*. Por mais que se possa tentar ocultar esse dado, ele é intrínseco à disciplina. Em um paralelo, se é sabido que os atos administrativos usufruem de presunção de legitimidade e de veracidade ³⁰⁸ ou que cabe ao Estado exercer poder de polícia ³⁰⁹, a mesma lógica de disparidade também vale para cá. A natureza do processo exige que sejam tomadas *decisões*, e cumpri-las não é uma faculdade. Não há exemplos mais reveladores desse aspecto do que a positivação aberta de medidas coercitivas ³¹⁰ ou a tipificação do próprio crime de desobediência ³¹¹,

³⁰⁷ Novamente com Sundfeld, “a autoridade pública conferida ao Estado pelas normas jurídicas é a consequência, no mundo do direito, da qualificação, feita pelo constituinte ou pelo legislador, de certos interesses como mais relevantes que outros. Em outros termos: o interesse público surge como tal, para o mundo jurídico, quando as normas atribuem ao ente que dele cura poderes de autoridade. (...) a primeira - e, certamente, a mais visível - tradução da idéia de autoridade é a imposição unilateral de deveres aos particulares, por comandos imperativos. São exemplos tanto a lei, quanto a sentença e o ato administrativo: a lei é produzida unilateralmente pelo Estado e, uma vez em vigor, passa a obrigar o particular, independentemente de sua intenção de se submeter ou não a ela; a sentença do juiz, que decide o litígio, impõe-se às partes envolvidas, estejam ou não satisfeitas com seu conteúdo; o ato administrativo de lançamento de certo tributo vincula o contribuinte, que dele não pode se furtar. O cidadão submetido à nova lei, as partes atingidas pela sentença ou o contribuinte colhido pela cobrança podem ter o legítimo interesse particular de se furtarem aos comandos que lhes são dirigidos. Entretanto, por tais comandos se justificarem como instrumentais para a realização de interesses públicos, são imperativos”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. p. 155. .

³⁰⁸ “A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei. (...) Na realidade, essa prerrogativa, como todas as demais dos órgãos estatais, são inerentes à ideia de “poder” como um dos elementos integrantes do conceito de Estado, e sem o qual este não assumiria a sua posição de supremacia sobre o particular”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. cit. p.206-207.

³⁰⁹ Na clássica acepção de Caio Tácito (1917-2005), “o poder de polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais. Essa faculdade administrativa não violenta o princípio da legalidade porque é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da coletividade. Não há direito público subjetivo absoluto no Estado moderno. Todos se submetem, com maior ou menor intensidade à disciplina do interesse público, seja em sua formação ou em seu exercício. O poder de polícia é uma das faculdades discricionárias do Estado, visando à proteção da ordem, da paz e do bem-estar sociais”. TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. In. *Revista de Direito Administrativo*. n.27. Rio de Janeiro: Renovar, 1952. p.08.

³¹⁰ Vide art.461 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

corroborando que, uma vez feita a escolha, seu conteúdo se *impõe*.

Com a compreensão desse cenário, é possível analisar um *segundo* prisma a ele relacionado, corriqueiro em nossa doutrina recente. É que, por mais que o processo civil pressuponha um exercício de *autoridade estatal*, tem sido comum questionar de qual maneira essa atividade deve ocorrer e como isso impacta a conformação da matéria. Em outros termos, ainda que o processo seja um exercício de *poder*, é possível problematizar a respeito do *modo* como esse poder é exercido.

Foi esse tipo de análise que em outra ocasião permeou o pensamento de Mirjan Damaska, contrapondo dois tipos puros de ordens estatais e os relacionando a duas maneiras também idealizadas de resolução de conflitos³¹². De um lado, estaria o que o autor denomina de *processo hierárquico*. De outro, o que é ali chamado de *processo coordenado*. Entre ambos, uma mudança profunda, pautada na própria diferença de roupagem do ente estatal e da sua forma de administração.

Observando essa antípoda, percebemos que o primeiro dos modelos possuiria como premissa a diferenciação clara entre os profissionais responsáveis pela resolução de disputas e os demais cidadãos (“leigos”)³¹³, organizando os Tribunais de maneira verticalizada e reforçando sua unidade institucional³¹⁴. Com isso, seria formado um ponto de apoio

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

³¹¹ “Código Penal. Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa”.

³¹² “Systematic study of features impressed on the legal process by state officialdom requires a scheme to identify and describe different modes of organizing procedural authority (...) hence I shall begin by developing a distinctive analytical framework. The conceptual elements needed for this framework correspond to three questions often asked in confronting an organization of authority; the first concerns the attributes of officials, the second, their relationship, and the third, the manner in which they make decisions. Thus separated out, these three aspects of authority have long been suspected of influencing the shape of the legal process, and I shall use them as dimensions along which to define our categories. On the first dimension, the usual focus is on the distinction between professionalized, permanent officials and those who are untrained and transitory. On the second dimension, two lesser configurations deserve special consideration: under the first, officials are locked into a strict network of super-and subordination; under the second, they are rough equals, organized into a single echelon of authority. On the third dimension, the critical distinction is between decision making pursuant to special or “technical” standards, and decision making informed by undifferentiated or general community norms. It is easy to see that these three larger aspects of authority are analytically independent, so that smaller variables from each dimension can be combined in various ways (...) but such extensive taxonomic exercises are not required: our theme permits selection of only two composite structures of authority”. DAMASKA, Mirjan. Ob. cit. p.16-17.

³¹³ “Permanently place officials carve out a sphere of practice which they regard as their special province. Over time, they also develop a sense of identity with similarly situated individuals, so that lines become rigid between “insiders” and “outsiders”. If outside participation in the making of decisions is imposed upon such officials, it is viewed, at best, as meddling which deserves to be contained and made innocuous”. Idem. p.18-19.

³¹⁴ “This schism between office and its occupant promotes institutional thinking: impulses to by-pass institutional interest and to consult one’s conscience are too “protestant” to be tolerated. Judgments become pronouncements of and impersonal entity (a curia) even where a single individual is entrusted with their rendition. And because the institution must be univocal so as not to be equivocal, the announcement of a

tecnicista, recomendando que o acertamento de casos privilegiasse o uso de enunciados pré-estabelecidos, por mais que desatentos a peculiaridades materiais³¹⁵. Todos esses aspectos revelariam um afastamento considerável entre Estado e indivíduos, costurando uma roupagem com maior centralização de poder³¹⁶.

Na outra ponta, estaria uma engrenagem processual também tipificada, mas pautada por valores opostos. Seria o *processo coordenado*. Aqui, a barreira entre o julgador e o restante da sociedade não existiria³¹⁷, permitindo que a decisão se pautasse menos por parâmetros técnico-legais e mais pelas necessidades concretas relacionadas à disputa³¹⁸. Da mesma forma, o corpo jurisdicional não possuiria igual necessidade de hierarquia e de revisão, apresentando maior paridade interna³¹⁹. A lógica estatal também seria outra, expressando-se um modelo no qual o exercício de *poder* passaria por uma maior proximidade dialógica com a população³²⁰.

É a partir desse tipo de postura, reconhecendo a similitude estrutural entre os elementos³²¹, que também a nossa academia vem propondo uma equalização na forma como

judgment is made by several officials nullifies prior internal dissent: those who disagree must now repress their feelings". Ainda, "officials are organized into several echelons: power comes from the top, trickling down the levels of authority. Great inequalities among officials at different hierarchical positions are characteristic". Idem. p.19.

³¹⁵ "Under this approach, which i shall call the legalistic, officials are expected to make a particular decision when facts are found that are specified under a normative standard (...) the propriety of the decision is evaluated in terms of fidelity to the applicable standard. This is not to imply that the legalistic approach is indifferent to consequences resulting from official action: those who fashion the standards are expected to make the necessary instrumental calculations and to design standards capable of advancing organizational goals". Idem. p.21.

³¹⁶ "Hierarchical officialdom is subject to Parkinson's law and tends to expands its sphere of activity. Because it sharply separates internal from external spheres, it strives to monopolize procedural action (...) members of the private bar are denied a variety of functions in the legal process which, in proceedings before coordinate authority, are routinely performed by lawyers". Idem. p.53.

³¹⁷ "Ideally, power is vested in amateurs who are called upon to perform authoritative functions *ad hoc*, or for a limited time. Where the apparatus of authority is in the hands of such temporary officials, there is little opportunity for a spirit of exclusivity to develop. Insiders and outsiders in relation to the judicial apparatus are not sharply distinguished, and the distinction is likely to be of little importance". Idem. p.24.

³¹⁸ "The coordinate ideal rejects any approach to decision making that would require officials to apply standards divorced from prevailing ethical, political, or religious norms, or would compel them to reach results unsupported by common sense. In other words, "technical" approaches to decision making appear undesirable". Idem. p.27.

³¹⁹ "The ideal now under consideration envisages a wide distribution of authority among roughly equal lay officials: with no one clearly superior to others, there is essentially a single stratum of authority". Demonstrando como manter o sentimento de unidade em uma estrutura com esse tipo de roupagem, o autor afirma que, pela horizontalidade do espectro de autoridade, "not unlike the situation in the international arena, the fear of reciprocity becomes a cohesive force, replacing the duty to submit to the imposed and the ordained that prevails in hierarchical organizations". Idem. p.25.

³²⁰ "Amateur officials draw no rigid lines between official and private domains. Accordingly, procedural steps can be taken informally in a private setting and can be interlaced with unofficial activity". Idem. p.63.

³²¹ Vale lembrar, porém, que esse juízo de adequação (lastreado em modelos ideais) não pode ser adotado com simplismo. A ressalva é trazida por Fredie Didier Jr., afirmando que "a doutrina costuma relacionar o modelo adversarial-dispositivo a regimes não-autoritários, politicamente mais liberais, e o modelo inquisitivo a regimes autoritários, intervencionistas (...) a ilação é um tanto simplista. Se é certo que dados culturais certamente influenciarão a conformação do processo, método de exercício de poder, não há relação direta entre aumento de

a *autoridade* é exercida no curso do processo. Enquadra-se aí o *cooperativismo*, cujas linhas gerais já foram expostas. Trata-se de aproximar os sujeitos do litígio (o julgador e as suas partes) em um sentido *policêntrico* e mais propenso ao debate ³²². Reflete-se uma preocupação que vem dando as caras no próprio cenário público brasileiro, conduzindo a discursos afetos à ideia de democracia e de participação.

Ocorre que, em que pese a preocupação seja relevante, ela não nos parece ilidir a natureza *autoritária* da jurisdição. E isso porque essa característica é umbilicalmente ligada à própria possibilidade de resolução de disputas. “Autoritária”, não por coincidir com *abuso* ou com *arbitrio*, mas por necessariamente redundar em decisões revestidas de *autoridade*. Despe-se o termo de seu sentido pejorativo, reconhecendo-o como peça-chave na engrenagem processual ³²³.

Uma vez mais, devemos aproximar o processo dos *livros* do processo da *realidade*, percebendo que (no mundo concreto) a disciplina se presta à resolução de disputas pautadas pelo dissenso. Por maior que seja o diálogo, a possibilidade de que a controvérsia remanesça exigirá que o Estado opte por uma das vias e a *imponha*. O debate sobre a *forma* como isso se dá não descarta sua inevitabilidade, revelando novamente o principal dilema contemporâneo da matéria: de um lado, há aqueles que procuram “conter o monstro”; de outro, os que procuram deixá-lo atuar. O *poder* e a *decisão* são imanescentes à lógica processual, mas é desse pêndulo que serão extraídas as balizas necessárias para sua operacionalização.

poderes do juiz e regimes autocráticos, ou incremento do papel das partes e regimes democráticos. Nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisito significa processo autoritário”. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. p.76.

³²² Assim, *passim*, NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

³²³ Veja-se, aqui, que Didier Jr. não nega que a atividade jurisdicional resulta em um ato de poder. Porém, resguarda a qualidade de “autoritária” para a relação processual marcada pela assimetria em sua condução. Nesse sentido, DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. p.78.

6. O processo civil como palco de interesses

Na mesma batida das páginas anteriores, o atual capítulo coloca em cena outra faceta do direito processual civil que nos parece decisiva para a sua leitura e para o seu aprimoramento. Trata-se do fato de a disciplina, em sua origem e em seu desenrolar, ser marcada pela *atuação de interesses*. Dessa premissa maior, extraímos duas considerações elementares: (i) de um lado, o processo é forjado a partir de pretensões que se colocam em conflito; e (ii) de outro, o ambiente de acerto dessa disputa é um espaço marcado pela representação.

Com esse prisma, colocamos inicialmente em foco a relevância da noção de “*interesse*” para o processo civil. Como será visto, ainda que essa ideia possa ser estabelecida a partir de um discurso meramente teórico, sua importância a ele não se limita. É preciso apreender o *interesse* de cada sujeito do litígio também em um sentido material, identificando suas condições reais de atuação.

Após essa primeira observação, passamos ao segundo aspecto acima descrito. É que, seja no que se refere às suas partes ou no que tange ao Estado-juiz, uma vez iniciado o embate o nosso direito processual se converte em um verdadeiro *palco de representantes*. Em outros termos, os interesses veiculados em juízo passam por agentes-intermediários, trazendo um novo tempero para a matéria.

6.1. Processo civil e interesses

O entendimento dessa feição do processo exige que nos afastemos um pouco do seu discurso tradicional, procurando compreender a disciplina em uma perspectiva mais ampla e panorâmica. Somente desse modo a ideia geral do capítulo pode ser exposta, colocando em diálogo *processo civil e interesse*. Em nossa visão, esse liame está no núcleo da matéria. Trata-se de decorrência de sua própria função resolutiva, cuja atuação toma o embate de *interesses* como condição *sine qua non*.

A constatação não é nova e encontra respaldo em ideias como as de Carnelutti, ao conferir protagonismo em sua leitura processual ao conflito calcado em um *interesse resistido* (*lide*)³²⁴. Em síntese, o litígio pressuporia uma divergência de expectativas, cabendo ao

³²⁴ Nesse sentido, estipula o autor que “parti sono dunque gli uomini in quanto si trovano l’uno di fronte all’altro in situazione di conflitto di interessi. Il conflitto è determinato dal convergere l’interesse dell’uno e dell’altro sul medesimo bene. Il conflitto può dar luogo alla pace o alla guerra. Nel primo caso si compone mediante il contratto; il secondo richiama la funzione del processo civile (...) ma il germe non è il semplice conflitto di interessi;

jugador optar por uma delas. Essa contraposição, de natureza *objetiva*, ditaria o conteúdo da sua decisão.

A questão é esclarecida pela via exemplificativa: suponhamos que “Y” e a sociedade empresária “W” celebram negócio de representação, competindo ao contratado atuar em favor dos interesses da entidade. Contudo, imaginemos que a empresa descumpra suas obrigações, deixando de proceder aos pagamentos que lhe eram imputados. Por último, suponhamos que as tentativas de resolução amigável se exauzam, impondo a adoção da pertinente demanda judicial.

Nessa situação, não restam dúvidas de que o autor do litígio conferirá roupagem técnica para uma pretensão bastante definida: a sua reparação. É esse o seu *interesse*. Por seu turno, a sociedade Ré possivelmente estaria *interessada* apenas na improcedência da demanda, sem qualquer forma de condenação. Estaria exposta, assim, a *bilateralidade* do processo, como posto por Kazuo Watanabe³²⁵. As argumentações deduzidas em juízo seriam orientadas a esses respectivos fins. E seria a elas que o magistrado destinaria sua atenção, olhando menos para os sujeitos e mais para o mérito litigioso.

Esse conflito de interesses, responsável por ditar a atuação processual, seria percebido de maneira ainda mais nítida ao colocar em pauta as *ações dúplices*. É que ali se passou admitir que, em suas próprias razões de defesa, também o demandado formulasse *pedido* em seu favor³²⁶. Haveria interesses positivos de ambos os lados, alterando a estrutura da atuação jurisdicional.

questo in sé non ha nulla di patologico o di patogenico. Al contrario è una situazione prettamente fisiologica; dal conflitto, invero, può sprigionarsi un delitto come una opera di carità. Il conflitto d'interessi è un ambiente, nel quale può manifestarsi così l'egoismo come l'altruismo (...) qui s'affaccia, in primo luogo, il concetto de pretesa (...) quando ala pretesa si oppone la resistenza, il conflitto degenera diventando una *lite*”. CARNELUTTI, Francesco. Ob. cit. p.53-54.

³²⁵ “Entre ação e exceção (no sentido amplo, de defesa) há um paralelo tão íntimo que, embora não se possa dizer constitua a exceção uma verdadeira ação autônoma, faz parte, inegavelmente, do próprio conceito de ação, no sentido de que esta não somente confere ao autor o direito de pedir a tutela jurisdicional para determinada pretensão sua como também atribui ao réu o direito correlato de contradizer e de reclamar do órgão jurisdicional que julgue a ação levando em conta suas alegações. A defesa não amplia o *thema decidendum*, não faz inserir no objeto litigioso a ser julgado uma outra pretensão do réu, mas amplia a área de cognição do juiz, com as alegações formuladas pelo demandado com vistas a obter do juiz a rejeição do pedido do autor. E isto constituiu um autêntico direito do réu, tanto que a sentença que de sacó lhe a ação lhe confere um provimento declaratório negativo e sistemas há, como o adotado pelo Código de Processo Civil que não permite desista o autor da ação sem o consentimento do réu”. WATANABE, Kazuo. Ação Dúplice. In. *Revista de Processo*. n.31. São Paulo: Ed. RT, 1983. p.140.

³²⁶ “ A ampliação do objeto litigioso somente pode dar-se, em linha de princípio, com a utilização dos instrumentos processuais destinados a tal fim, como a ação declaratória incidental e a reconvenção, que constituem na verdade outra ação. Porém, por opção legislativa que se filia à linha histórica acima delineada, em casos excepcionais se permite o alargamento do objeto litigioso através da contestação. Quando isto se permite, diz-se que a ação tem caráter dúplice. A contestação, nessa modalidade de ação, não somente formula defesa do réu, como também poderá conter autênticos pedidos em seu favor, sem necessidade de reconvenção”, Idem. p.141.

A partir dessa composição, aspectos procedimentais como a sucessão em juízo ou o aproveitamento de atos litisconsorciais se tornam mais cristalinos. Nos dois casos, a problemática poderia rumar para os mesmos caminhos: o que faz com que o sujeito, mesmo sem ter atuado no processo, receba-o no estado em que ele se encontra? A condução do litígio pode ser afetada pela atuação de outro indivíduo?

As questões são respondidas no momento em que se reconhece que, no curso do litígio, o que está sob judice não é a *parte*, mas o seu *interesse*. Da mesma forma, essa premissa esclarece o porquê de nossa legislação estabelecer que a contestação de um litisconsorte beneficia os corréus que deixaram de se defender³²⁷, ou aceitar a possibilidade de recurso pelo terceiro prejudicado³²⁸. Em qualquer dos casos, colocam-se as luzes sobre o objeto do debate travado nos autos, estruturando o procedimento ao seu redor³²⁹.

Considerando esse suporte, a noção de “*interesse*” encontraria enquadramento no campo processual mesmo a partir de uma perspectiva teórica ortodoxa. Não obstante,

³²⁷ Como pontuam Marinoni, Arenhart e Mitidiero “o regime oferecido pela lei processual brasileira ao litisconsórcio será determinado pela espécie litisconsorcial: tratando-se de *litisconsórcio simples*, o regime será o *comum*; cuidando-se de *litisconsórcio unitário*, o *especial* (...) sendo *simples* a figura, cada um dos litisconsortes é considerado parte distinta e autônoma frente aos demais, sendo que os atos e omissões de um não prejudicarão os outros (...) é preciso perceber, porém (...) que apenas a princípio os litisconsortes podem ser considerados sujeitos autônomos. Isso porque *sempre que suas razões (da ação ou da defesa) forem comuns aos outros, comunicam-se a todos os que se encontram na mesma situação, beneficiando a todos* (...) tratando-se de litisconsórcio *unitário*, os pares são considerados como uma unidade frente ao outro polo do processo. Isto porque a decisão da causa tem de ser uniforme para todos os litisconsortes. Daí decorre que os atos benéficos praticados por um dos litisconsortes beneficiam os demais (art.117, parte final). É o que acontece, por exemplo, com relação à revelia, já que, mesmo que o litisconsorte seja revel, se alguém contestar a demanda, o efeito material da revelia não se opera mesmo em relação ao réu revel (art.345, I)”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil – Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum*. p.90-91.

³²⁸ “Terceiro é aquele que, até então, não participa do processo. O recurso de terceiro é uma modalidade de intervenção de terceiro; o terceiro, com o recurso, passa a fazer parte do processo. Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial (...) só se admite o recurso do terceiro *juridicamente* prejudicado. O terceiro prejudicado há de ser titular ou da mesma relação jurídica discutida ou de uma relação jurídica conexa com aquela deduzida em juízo. Pode-se dizer que todos aqueles que, legitimados a intervir no processo, não o fizeram, salvo o caso da oposição, podem recorrer”. DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais*. Salvador: JusPodivm, 2010. p.49-50.

³²⁹ Nesse ponto, Darci Guimarães Ribeiro destaca a importância de se estabelecer a “diferença entre objeto do processo (*a saber, o fundo, o “meritum causae”*) e objeto de debate (*a saber, as questões relativas ao fundo, ao “meritum causa”*)”. Em sua acepção, “a fixação do objeto do processo se realiza exclusivamente pela declaração de vontade petítória do autor, razão pela qual a resistência do demandado não altera” as suas dimensões. Por outro lado, “uma vez admitida a demanda com o objeto do processo definido exclusivamente pelo autor, o demandado deve ser validamente citado para que possa formular sua devida defesa. A resistência que este pode oferecer (...) não altera o objeto do processo, mas certamente pode ampliar os termos do debate”. Disso, conclui-se que “como consequência do princípio dispositivo, as decisões judiciais devem referir-se não só ao objeto do processo, que traz consigo um enfoque parcial do princípio, mas principalmente ao objeto do debate (...) a lide corresponde essencialmente ao objeto do debate”. Ver, RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto do debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. In. RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix (org.). *Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.32-36

acreditamos que o seu atual momento recomenda que se dê um passo além. É que, em uma observação crítica, consideramos que o processo pode ser concebido ele próprio como um constante *movimento de interesses*. Mais que isso, acreditamos que essa leitura extrapola o discurso técnico, possuindo forte conteúdo material e exigindo que se observem suas condições reais de atuação.

A partir desse horizonte mais amplo, percebemos que o *interesse* desempenha uma dupla função já no momento embrionário de qualquer demanda. De um lado, coloca-se aí o chamado “interesse processual”³³⁰. De outro, abre-se espaço para uma nova indagação: em termos *materiais*, a demanda *interessa* ao sujeito? A questão possui autonomia e não se limita ao plano abstrato. Em resumo, trata-se de investigar se a medida será recomendada diante das circunstâncias da causa; se ela, de fato, *interessará*.

Especialmente na doutrina estrangeira, essa nova lógica (pautada na análise do comportamento dos litigantes) tem servido de mote para uma série de estudos que inserem como linha teórica a relação entre o direito e a economia. É assim que Patrício, por exemplo, investiga minuciosamente os impactos da estrutura procedimental na atitude dos sujeitos, influenciando a decisão prévia quanto a judicializar o debate³³¹. Também é dessa forma que Cooter e Ulen constroem uma visão bastante específica quanto ao intercâmbio de informações entre as partes, cogitando que a antecipação de fatos altere comportamentos e os module em sentido mais favorável ao acordo³³². Ainda nessa linha, seria cabível inserir autores como

³³⁰ A ideia foi trazida por Liebman como condição ao exercício da ação, dando azo à sua célebre teoria eclética. Nas palavras do autor, “l’azione non è <concreta>, perché il giudice, nel determinare il contenuto del suo provvedimento, si fa guidare unicamente dalla convinzione ch’egli viene formandosi nel corso del processo intorno agli elementi obbiettivi (...) tuttavia l’astrattezza non va intesa nel senso più comunemente ricevuto. Nel suo significato pieno e vero, l’azione non compete infatti a chiunque e non ha contenuto generico (...) essa è perciò condizionata ad alcuni requisiti (che devono verificarsi caso per caso in via preliminare, anche se di solito per implicito) vale a dire all’*interesse ad agire*, che è l’interesse dell’attore ad ottenere il provvedimento domandato (...)”. LIEBMAN, Enrico Tullio. Ob. cit. p.46.

³³¹ Conforme sua exposição, “pode afirmar-se, com razoável segurança, que a ponderação custos-benefícios é natural ao raciocínio de qualquer indivíduo, o que pode ser aferido ao nível das decisões económicas individuais e, por uma extensão admissível, também ao nível das decisões colectivas (...) no caso específico da litigância, a utilização desta ponderação parece, aliás, constituir uma evidência, pois o que leva um determinado indivíduo a colocar a sua questão em Tribunal é sempre o resultado de uma avaliação mais ou menos informada e cautelosa de custos e benefícios inerentes a essa decisão”. PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005. p.14.

³³² Iniciando essa abordagem, os autores constataam que “it might seem on first impression that trials, being so costly, would not occur unless someone behaves irrationally. Like many impressions, this one is wrong. Game theory explains why rational bargainers sometimes fail to settle their dispute and end up in trial. Although there are several strands of argument, the simplest explanation is that trials occur because the plaintiff expects a large judgment at trial and the defend expects a small judgment at trial”. E, a partir desse arranjo de expectativas, afirmam que “the parties tend to disclose information voluntarily before trial to correct the other side’s relative optimism, thereby promoting settlements. In other words, bad news is free (...) similarly, the parties tend to withhold information that would correct the other side’s relative pessimism, thereby promoting settlement”. Assim, COOTER, Robert. ULEN, THOMAS. *Law & Economics*. 3.ed. Reading: Addison Wesley Longman, 2000. p.390-392.

Kaplow e Shavell³³³, fluindo para um mesmo dado: a necessidade de que o processo não desconsidere os parâmetros comportamentais de seus litigantes.

Para elucidar esse aspecto, imaginemos a seguinte situação hipotética: “A” celebra contrato de compra e venda com “B”, tendo como objeto a transferência de um veículo automotivo. “B”, mesmo recebendo o bem, frustra a expectativa de pagamento e inadimpla sua obrigação. Nesse contexto, cria-se um quebra-cabeça para “A”: sem o veículo ou o pagamento acordado, é preciso buscar alternativas capazes de suprir o prejuízo. E a opção por ingressar em juízo tende a ser adotada apenas se os possíveis benefícios da demanda superarem os seus custos³³⁴. Em outros termos, esse *interesse* estará lastreado por um raciocínio econômico e material.

Indo adiante, a importância dessa mentalidade para o estudo do processo não se limita ao seu primeiro impulso. Também as medidas a serem adotadas após a propositura da demanda estarão pautadas por *interesses* e por *payoffs*. Retornando à questão acima, é possível que o posicionamento dos Tribunais a respeito das técnicas cabíveis para restituição do bem influenciasse “A” a insistir com essa pretensão ou a convertê-la em perdas-e-danos. Do mesmo modo, o tratamento dado à protelação processual e à litigância frívola poderia dimensionar o *interesse* de “B” no curso da lide. Em síntese, o processo é concebido também como um jogo de estratégia (conforme percebido por Calamandrei³³⁵).

³³³ Ver, por todos, SHAVELL, Steven. KAPLOW, Louis. *Fairness versus Welfare*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

³³⁴ É nesse sentido que Judith Resnik, por exemplo, salienta que “individuals and groups often disagree. At some point, outsiders may characterize the discord as a dispute, but only a small percentage of such disputes result in the filing of a civil lawsuit. Although popular imagery suggests the too-frequent filing of lawsuits, slow processing, and many trials, research on dispute resolution reveals that in many instances, individuals “lump it” (as anthropologists of dispute resolution put it), living with a problem rather than leveling blame and making claims. The costs of pursuing remedies are high – in terms of time, energy, and money (...) for example, one study estimated that, in disputes involving more than one thousand dollars, claimants filed lawsuits (in either federal or state courts) in about 11 percent of the cases. Once filed, relatively few cases end by trial”. Em sentido similar se colocam Cooter e Ulen, questionando “por que processar” e identificando (a partir dos aportes da economia) cinco elementos imprescindíveis para essa tomada de decisão: (i) o valor do imbróglio; (ii) a dimensão da indenização; (iii) os custos inerentes ao litígio; (iv) a disponibilidade de advogados; e (v) a atuação dos advogados enquanto agentes. Em síntese, “to file a complaint, the plaintiff must usually hire a lawyer and pay filing fees to the court. Filing a complaint creates a legal claim. To decide whether to initiate a suit, a rational plaintiff compares the cost of the complaint and the expected value of the legal claim. The expected value of the legal claim (EVC) depends upon what the plaintiff thinks will occur after filing a complaint (...) To decide whether to file a complaint, the rational plaintiff must attach probabilities and payoffs to these events”. Ver, RESNIK, Judith. *Processes of the Law – Understanding Courts and Their Alternatives*. New York: Foundation Press, 2004. p.5. COOTER, Robert. ULEN, Thomas. Ob. cit. p.377 e ss

³³⁵ Nesse sentido, identificando os riscos trazidos por esse comportamento para a relação entre processo e direito material (de modo a permitir que o sujeito logre êxito apenas por ser um melhor “jogador”, mesmo sem amparo fático), CALAMANDREI, Piero. Il processo come gioco. In. *Rivista di Diritto*. ano I, v.V, Padova: Cedam, 1950.

6.2. Representação de interesses: os advogados em cena

As argumentações acima levam a uma primeira e óbvia conclusão: ao atuarem em juízo, autor e réu agem em favor de seus próprios interesses. Nessa jornada, formularão suas pretensões de maneira sucessiva, procurando vencer o duelo travado com a parte contrária pelo convencimento do poder jurisdicional. Esse será o seu principal objetivo, fazendo com que, diante de cada ponto, adote-se a estratégia processual mais indicada para a sua consecução.

Contudo, o cotejo desse aspecto com a realidade cotidiana de nossos fóruns demonstra que há ainda outro ponto a ser considerado. É que, ainda que esse embate argumentativo seja constante, a regra em nosso direito é que *nenhuma* das partes atue pessoalmente na disputa. Quem irá fazê-lo serão os *advogados* que vierem a contratar, trazendo mais um elemento para a composição da disciplina.

De fato, vivemos em um contexto no qual as situações em que se vislumbra a resolução judicial de um litígio são em sua extrema maioria permeadas (e precedidas) pela atuação de um advogado. Trata-se de decorrência direta do dogma da “capacidade postulatória”. A questão se encontra positivada em nosso processo civil, colorindo nossos manuais e encontrando reflexo na própria Constituição³³⁶. Resumidamente, compreende-se que o advogado é essencial ao transcurso do processo. Essa é a tendência predominante, fazendo com que (mesmo no âmbito dos juizados especiais³³⁷) a alternativa oposta tenha aplicabilidade reduzida.

Nesse sentido, esse caminho tem se expandido na própria justiça trabalhista, em que a possibilidade de atuação direta é mais ampla. Ali, encontra-se em debate Projeto de Lei

³³⁶ Conforme Ovídio Baptista da Silva, “além da capacidade de ser parte e da plena capacidade processual (*legitimatío ad processum*), nossa lei veda que os interessados realizem pessoalmente os atos processuais e requeiram em juízo sem a assistência de uma pessoa especializada e legalmente habilitada, dotada do chamado *ius postulandi*. As partes, desde que dotadas de capacidade processual, devem, mesmo assim, estar representadas em juízo por advogado habilitado, o que significa dizer advogado em pleno gozo de suas prerrogativas profissionais, a quem a parte haja outorgado o competente mandato para representá-lo em juízo. O exercício da advocacia, considerado pela Constituição Federal serviço “indispensável à administração da justiça” (art. 133), está regulamentado pela Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, cujo art. 1.º dispõe ser atividade privativa da advocacia a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais, bem como as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas. O exercício dessa atividade pressupõe que o bacharel em direito esteja regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, na forma prevista nessa lei”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. p.246.

³³⁷ Dispõe a Lei nº 9.099/1995, em seu art. 9º, que “nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória”. Além disso, o art.41 do mesmo diploma estabelece que “da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado”, mas seu parágrafo segundo determina que “no recurso, as partes serão obrigatoriamente representadas por advogado”. Assim, e por mais que os juizados se proponham à simplificação procedimental, também ali a possibilidade de atuação direta pelas partes é limitada, restringindo-se: (i) a imbróglis com correspondência pecuniária reduzida; e (ii) à sua tramitação em primeiro grau jurisdicional.

(PLC 33/2013) que altera o art.791 da Consolidação das Leis do Trabalho, ampliando a exigência de representação por advogados³³⁸. Vale mencionar que, em parecer favorável à proposta, indica-se que "*as partes que postulam diretamente perante o Judiciário têm grande dificuldade de assimilar conceitos básicos inerentes à técnica processual (...) como o próprio procedimento a ser seguido*". Em outros termos, privilegia-se um viés profissionalizado do processo, concebendo-o como incólume e natural.

Também é assim que mesmo no campo da arbitragem, um dos poucos em nosso sistema ainda marcados por parâmetros diversos, há quem sustente a necessidade de defesa técnica. Indo além, a Ordem dos Advogados do Brasil recomendou recentemente que a legislação da matéria seja reformada de modo a incluir essa obrigatoriedade³³⁹. Em termos aparentemente contraditórios, cria-se o seguinte cenário: é possível que a parte disponha de seu direito, mas não do indivíduo responsável por representá-lo junto à câmara arbitral³⁴⁰.

Dessa maneira, a necessidade dos advogados em juízo é traço marcante de nossa realidade, reafirmando a separação entre o “técnico” e o “leigo” que dá a tônica de nosso processo civil. Consagra-se um mecanismo de resolução de disputas pouco compreensível para o cidadão comum e que não lhe é diretamente acessível. O representante legal se torna peça obrigatória para ingressar em juízo, exercendo mediação indispensável entre a “justiça” e os seus destinatários.

Adotemos esse ponto de vista para recordar o conflito hipotético entre “A” e “B”, analisando-o com olhares mais próximos da nossa realidade: se antes foi dito que “A”

³³⁸ Em sua atual redação, substancialmente alterada pela proposta em trâmite, o dispositivo possui o seguinte teor: “Art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

§ 1º. Nos dissídios individuais os empregados e empregadores poderão fazer-se representar por intermédio do sindicato, advogado, solicitador, ou provisionado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 2º. Nos dissídios coletivos é facultada aos interessados a assistência por advogado.

§ 3º. A constituição de procurador com poderes para o foro em geral poderá ser efetivada, mediante simples registro em ata de audiência, a requerimento verbal do advogado interessado, com anuência da parte representada”.

³³⁹ Conforme noticiado pelo sítio eletrônico da instituição, em 04 de fevereiro de 2015, “o Conselho Pleno da OAB Nacional aprovou, nesta quarta-feira (04), a formulação de um pedido de alteração à Lei Federal 9307/1996 (Lei de Arbitragem), no que diz respeito à não obrigatoriedade legal da presença do advogado em casos de conciliação. A proposta é da Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB, com relatoria de Fernando Santana Rocha, conselheiro federal pela OAB-BA. Na discussão, foi avaliada a possibilidade dos interesses da advocacia serem atingidos pelo Projeto de Lei do Senado 406/2013, que em seu escopo altera a Lei de Arbitragem. A Ordem entende que o cidadão tem o direito de defesa garantido pela Constituição Federal, sendo o advogado o profissional com prerrogativas para representá-lo”. Disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia/28048/oab-quer-tornar-obrigatoria-a-presenca-do-advogado-na-arbitragem>> Acesso em 29 de abril de 2015.

³⁴⁰ Afinal, já em seu art. 1º, ao delimitar o campo de incidência do juízo arbitral, a Lei nº 9.307/1996 estabelece que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Dessa forma, restringiu-se a tais interesses a utilização do meio alternativo, colocando a disponibilidade do direito como pedra-de-toque para a sua atuação.

ponderará a respeito dos custos e dos benefícios relacionados à prestação jurisdicional, agora notamos que esse cotejo não será realizado em solipsismo; se foi afirmado que valorações com esses contornos também influenciarão as medidas a serem adotadas no curso do litígio, agora ressaltamos que também aqui esse exame não ocorrerá de modo individual. Nos dois momentos o advogado será inserido na cena, tomando para si o papel de protagonista.

Realmente, após constatar o inadimplemento de “B” e a impossibilidade de autocomposição, nosso atual sistema faz com que o percurso a ser “naturalmente” adotado por “A” seja o de um escritório de advocacia. É ali que se cercará das informações necessárias para balancear as vantagens e as desvantagens do litígio, sendo razoável que o próprio advogado guie essa tomada de decisão. Afinal, é ele quem conhece as regras do jogo, podendo antever as disposições normativas aplicáveis ao caso e como os Tribunais as interpretam. Diante dessa exclusividade cognitiva, pode-se supor que ele também tenda a ser o responsável por condicionar as expectativas quanto à possibilidade de êxito.

Essa conjuntura se acentua ainda mais após a propositura da demanda. A partir desse momento, apenas o advogado conhecerá os próximos passos a serem tomados. Entre ele e o seu cliente vigorará um ambiente de absoluta assimetria e dependência: o conhecimento do sujeito sobre a lide possivelmente se limitará às próprias informações que lhe são repassadas pelo seu representante legal. O verdadeiro jogador do processo deixa de ser o credor, tornando-se o advogado por ele contratado. Há uma nova peça no tabuleiro, mostrando que o *interesse* em juízo passa pela figura de um intermediário.

É certo que, a princípio, essa situação poderia contribuir para a equiparação entre as partes da demanda, especialmente em situações que colocassem em lados opostos litigantes contumazes e litigantes eventuais. É que, como percebido por Galanter, a disparidade entre as duas categorias faria com que os primeiros (“*repeat players*”) assumissem superioridade perante os segundos (“*one shooters*”): por estarem mais habituados ao processo, tenderiam a utilizar sua expertise para antecipar riscos, para criar aberturas institucionais e para estabelecer melhores estratégias³⁴¹. E esse risco seria (pretensamente) reduzido no momento em que houvesse representação profissional de ambos os lados, já que o advogado seria ele próprio um litigante habitual³⁴².

³⁴¹ Assim, GALANTER, Marc. Why the ‘Haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal change. In. *Law and Society Review*, v.9. Salt Lake City: Law and Society Association, 1975. p.97-104.

³⁴² “Pretensamente” porque, ao desenhar esse esboço, o próprio Galanter identifica que nem todos os advogados possuem o mesmo grau de aprimoramento, de influência e de especialização (idem). Além disso, também não haveria uma necessária similitude entre o grau de fidelidade com que cada um perseguiria os interesses de seu cliente. Surgiria, assim, um ponto a ser considerado pelo leitor do processo. Nas palavras do autor, “What happens when we introduce lawyers? Parties who have lawyers do better. Lawyers are themselves RPs. Does

De todo modo, o que importa perceber no atual momento é que, diante dessa perspectiva, algumas questões inerentes à estrutura do processo civil ganham novos tons. É o caso da tentativa de *impulsionar* o comportamento das partes, cuja releitura a partir desse dado adicional se torna necessária.

Como primeiro exemplo dessa lógica, tomemos a “multa coercitiva”, expressamente prevista pelo Código de Processo Civil de 1973³⁴³ e mantida pelo art.536, §1º, da nova codificação³⁴⁴. Aqui, a própria acepção terminológica da ferramenta demonstra sua justaposição à ideia ora exposta - falando em “coerção”, assume-se que o mecanismo se propõe ao exercício de um estímulo negativo sobre o executado, coagindo-o à feitura de algo. Como constata Sérgio Cruz Arenhart, a técnica se presta exatamente a esse fim psicológico, não possuindo cariz de satisfação autônoma e sendo cominada para não incidir³⁴⁵. Seria por esse motivo, aliás, que sua fixação deveria atender a parâmetros desproporcionais, procurando ao máximo impulsionar o indivíduo para o cumprimento da ordem.

their presence equalize the parties, dispelling the advantage of the RP client? Or does the existence of lawyers amplify the advantage of the RP client? We might assume that RPs (tending to be larger units) who can buy legal services more steadily, in larger quantities, in bulk (by retainer) and at higher rates, would get services of better quality. They would have better information (especially where restrictions on information about legal services are present). Not only would the RP get more talent to begin with, but he would on the whole get greater continuity, better record-keeping, more anticipatory or preventive work, more experience and specialized skill in pertinent areas, and more control over counsel”. Idem. p.114.

³⁴³ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

³⁴⁴ Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

³⁴⁵ Sobre o tema, ver ARENHART, Sérgio Cruz. A doutrina brasileira da multa coercitiva – três questões ainda polêmicas. In: MEDINA, José Miguel Garcia, CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo, CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de e GOMES JR., Luiz Manoel (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

Da mesma maneira, mas atuando como estímulo positivo, identifica-se a possibilidade de “parcelamento voluntário” da obrigação, inserida no art.745-A do Código de Processo Civil de 1973 e preservada pelo art.916 do Código de 2015. Na redação do novo dispositivo, faculta-se ao devedor, no prazo cabível para oposição de embargos à execução, reconhecer a existência do débito e proceder ao “*depósito de trinta por cento do valor em execução, acrescido de custas e de honorários de advogado*”, pagando “*o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês*”.

Com efeito, é visível que o dispositivo possui como finalidade estimular o indivíduo a adimplir a obrigação, pautando-se para isso em um *payoff* positivo (a possibilidade de parcelamento). Confere-se um benefício para que, ao invés de retardar a resolução do litígio, chegue-se à sua pronta pacificação. É com coerência a essa orientação, inclusive, que se entende que a possibilidade de parcelamento constitui verdadeiro direito do executado, submetendo-se apenas ao preenchimento dos requisitos legais ³⁴⁶. Afinal, caso houvesse outras barreiras supervenientes, como a necessidade de concordância do credor, o estímulo tenderia a ser limitado.

Outros exemplos poderiam ser ainda trazidos, como a existência de honorários recursais, a previsão de multa por litigância de má-fé ou a incidência de multa mensal sobre a obrigação inadimplida. De todo modo, o ponto central a ser aqui percebido é que esse tipo de mecanismo, por mais que possa contribuir para a atuação jurisdicional, tem sua efetividade seriamente *comprometida* caso se desconsidere a intermediação que é inerente ao processo. Tendo em vista que qualquer impulso a ser destinado às partes tende a passar pelo crivo de seu advogado, torna-se necessário reconhecer esse vínculo e procurar alternativas capazes de conferir melhor enquadramento à questão.

Como último ponto, veja-se que essa circunstância já foi reconhecida de forma flagrante em determinadas estruturas processuais, como é o caso do sistema norte-americano de *class actions*. É que ali o papel exercido pelos advogados foi essencial para que a técnica

³⁴⁶ Veja-se, porém, que o Superior Tribunal de Justiça temperou esse entendimento, afirmando que o parcelamento não representaria direito potestativo e poderia ser justificadamente impugnado. Conforme expresso na ementa de julgamento, “o parcelamento da dívida não é direito potestativo do devedor, cabendo ao credor impugná-lo, desde que apresente motivo justo e de forma fundamentada, sendo certo que o juiz poderá deferir o parcelamento se verificar atitude abusiva do exequente, uma vez que tal proposta é-lhe bastante vantajosa, a partir do momento em que poderá levantar imediatamente o depósito relativo aos 30% do valor exequendo e, ainda, em caso de inadimplemento, executar a diferença, haja vista que as parcelas subsequentes são automaticamente antecipadas e é inexistente a possibilidade de impugnação pelo devedor, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 745-A”. (REsp 1.264.272/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 08 de maio de 2012).

processual prosperasse ³⁴⁷, tendo sido eles os verdadeiros “empresários” da classe ³⁴⁸. E isso só se deu por possuírem um estímulo imediato: a *class action* viabiliza que o profissional aglutine toda a série de demandas individuais para, com isso, obter honorários elevados (já que concebidos com base na indenização auferida por todo o grupo). É assim que, como visto por Issacharoff ³⁴⁹, os próprios trâmites procedimentais impulsionariam o advogado a agir ativamente na certificação - confiando-se na sua conduta ativa para gerar benefícios hipoteticamente favoráveis a toda a comunidade.

6.3. O interesse estatal e o estado-juiz

Finalizando o presente capítulo, trazemos ainda um último aspecto, fundado em dois pilares. O primeiro se consolida pelo reconhecimento de que há um *interesse* estatal na resolução do conflito, refletindo as próprias modificações vistas no espaço público ao longo do último século. Já o segundo é dado pela observação de que o próprio Estado não atua em juízo de forma *direta*. Igualmente ele o faz mediante um *agente*, competindo ao magistrado assumir esse papel.

Realmente, foi visto em um momento anterior que, historicamente, a pacificação de conflitos se tornou verdadeira *questão de Estado*. Esse aspecto dialoga com o monopólio jurisdicional e faz com que seja necessário compreender a disciplina como elemento inserido na seara pública. De um lado, o ente estatal se obriga à resolução de disputas, devendo fazê-lo de maneira adequada às expectativas sociais. De outro, o contexto constitucional faz com que ele próprio tenha interesse nessa resolução. Uma vez mais, o cenário leva a uma mesma nota: para o Poder Público, administrar o processo é, acima de tudo, uma questão de legitimação.

Problematizando esse item, vale novamente traçar um paralelo entre o cenário existente no período pré-liberal e aquele que desde então se formou. E isso porque, no instante

³⁴⁷ Ver, assim, HENSLER, Deborah. *Class Action Dilemmas – Pursuing public goals for private gain*. Santa Monica: Rand, 2000. p.405-407.

³⁴⁸ Sobre o tema, *passim*, COFFEE JR., John C. The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action. In. *University of Chicago Law Review*. n.54. Chicago: The University of Chicago Press, 1987.

³⁴⁹ Nas palavras do autor, “in law, as in life, it is dangerous to make an unqualified statement for fear of immediate refutation. But one thing seems certain: there are no societies where lawyers work for free (...) aggregation litigation cannot succeed in any country if the legal system fails to compensate counsel adequately and provide sufficient incentive to finance other aspects of the case. In the U.S. system, class actions are largely funded based on contingency fees, which permit the attorney to fund the litigation and thus overcomes problems of liquidity that may make it impossible for an individual to pursue his rights (...) and, in this system, the attorneys prosper to the extent that they are successful in obtaining returns for their clients, something that aligns the incentives of lawyers with their clients”. ISSACHAROFF, Samuel. Fairness in Aggregation In. OTEIZA, Eduardo (Coord.) *Procesos Colectivos. Class Actions*. Buenos Aires: AADP, IAPL e IIDP, 2012.. 2012. p.36.

em que a figura pública se compôs e assumiu papel centralizador, a existência de órbitas resolutivas paralelas poderia soar problemática. Foi por conta desse risco que o Estado acabou monopolizando essa atuação e a autoridade que lhe é ínsita. Como consequência, desempenhá-la adequadamente é um *interesse* estatal - tanto por representar parte de sua vocação, quanto por garantir a sua própria sobrevivência.

Essa série de elementos corrobora os dados já trazidos no curso do atual estudo, acoplando “Estado” e “processo” e percebendo a similitude entre ambos. A eles, porém, parece-nos necessário agregar outra peça. É que o ente *estatal* não age por si (já que sequer em termos lógicos isso seria possível), mas por meio de seus *agentes*³⁵⁰. Nesse sentido, ao falarmos no Estado-julgador, abrimos espaço para que também aqui surja espaço para uma cisão. Entra em cena o *magistrado*; o julgador de *carne e osso*, que, assim como o advogado, figurará em juízo atuando um interesse que não é seu. O mundo real impõe esse fato, razão pela qual, ao invés de negá-lo, é mais efetivo escancarar a sua existência e dedicar a ele a devida atenção.

Para compreender essa engrenagem, utilizemos um novo recurso à via exemplificativa: suponhamos que “A”, cliente hipossuficiente da instituição bancária “Y”, tem seu nome inscrito em órgão de proteção ao crédito pelo banco, com base em dívida que nunca contraiu. Nessa situação, após procurar a Defensoria Pública de seu Estado, é aconselhado a ingressar em juízo questionando o débito e requerendo sua reparação por danos morais. Imaginemos ainda que os autos são distribuídos para a 13ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Curitiba.

Nessa oportunidade, há uma série de desdobramentos procedimentais que imporão a adoção de condutas ativas por parte de seu julgador. É possível que, já em sede liminar, antecipe os efeitos da tutela para determinar o levantamento da inscrição. Também, que estabeleça a modificação do ônus probatório, com base no art.6º, inc.VIII, Código de Defesa

³⁵⁰ “Quem quer que desempenhe funções estatais, *enquanto as exercita*, é um agente público. Por isso, a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas) como os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargo ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos. Dentre os mencionados, *alguns integram o aparelho estatal*, seja em sua estrutura direta, seja em sua organização indireta (...) *outros não integram a constelação de pessoas estatais* (...) todos eles, entretanto, estão sobre um denominador comum que os radicaliza: são, ainda que alguns deles apenas episodicamente, agentes que exprimem manifestação estatal, munidos de uma qualidade que só podem possuir porque o Estado lhes emprestou sua força jurídica e os habilitou a assim agirem ou, quando menos, tem que reconhecer como estatal o uso que hajam feito de certos poderes”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p.249

do Consumidor³⁵¹ ou no art.373, §1º, do novo Código de Processo Civil³⁵². Ainda, ao final da demanda, deverá se posicionar quanto ao fato de a mera inscrição em órgão restritivo acarretar danos extrapatrimoniais. Em cada um dos casos, terá em sua frente um conflito de interesses: o do banco, formulado por seu advogado e orientado à improcedência dos pedidos, e o do autor, também elaborado por seu representante e direcionado à aceitação das pretensões.

Ocorre que, observando a questão com as lentes aqui propostas, *nenhuma* dessas atitudes deveria corresponder a um ato de vontade *pessoal* do próprio juiz. Pelo contrário, seu papel espelharia uma atuação mais ampla: a do Estado-juiz. Seria ele quem se pronunciaria sobre a existência de danos morais, sobre a dinamização do ônus probatório ou sobre o cabimento de liminar. Em última análise, ao julgador responsável pela 13ª Vara Cível competiria somente *externar* esses interesses, exercendo os poder-deveres necessários para esse fim³⁵³.

Diante dessa perspectiva, percebemos que ao se sustentar uma ampliação dos poderes do magistrado, impactando questões como a gestão da prova³⁵⁴, o que há como fundo é a defesa de que a atuação estatal no processo seja mais ativa³⁵⁵; de que, para desempenhar

³⁵¹ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

³⁵² “Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

³⁵³ Como percebe Carlos Ari Sundfeld, “a atividade estatal é função, submetida a fins exteriores ao agente. O legislador, o juiz, o administrador, não dispõem de poderes para realizar seus próprios interesses ou vontades. Seus atos valem na medida em que alcançam os fins que lhes correspondem. Daí dizer-se que a vontade do Estado é funcional. E nula a punição infligida ao servidor por cultivar ideologia desagradável ao chefe. Inadmissível que a sentença rejeite a ação porque o juiz se desentendeu com o autor. Os agentes públicos são meros canais de expressão da vontade do direito: o legislador, quando edita leis, exprime o querer da Constituição (e do povo); o juiz e o administrador, através de seus atos, realizam a vontade da lei”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do Direito Público*. p.92.

³⁵⁴ Afirmando-se, por exemplo, que “o juiz, exercendo atividade de natureza política, no sentido de representante do Estado e, portanto, responsável pela consecução dos objetivos estatais no processo, que são diversos, vão além e se sobrepõem aos das partes envolvidas, tem interesse direto no resultado final da atividade processual, que deve ser a justiça, relativa e possível naquele caso concreto, não menos que isso. Assim sendo, não pode a postura do juiz ser passiva, indiferente ou inerte. Ao contrário, deve o julgador colocar-se de maneira ativa, desempenhando o que for necessário para a consecução da justiça possível como resultado final do processo. Nesse passo, avulta em importância a iniciativa do juiz na produção de provas”. BRAGA, Sidney da Silva. *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.101.

³⁵⁵ É o que se vê no pensamento de Mancuso, ao afirmar que “no contemporâneo Estado Social de Direito cada magistrado deve estar imbuído de sua condição de *agente político*, engajado no esforço comum pela melhor

as finalidades hoje imputadas ao exercício jurisdicional, ocorra uma maior *intervenção*. Na esteira de Posner, caberia ao magistrado a (inglória) tarefa de decidir pessoalmente, mas concretizando um interesse maior ³⁵⁶.

Nesse ponto, porém, algumas questões tenderiam a aparecer. Afinal, há garantias de que o juiz efetivamente buscaria atuar em conformidade aos anseios públicos? Não seria possível que, uma vez investido no cargo, passasse a impor somente suas próprias convicções? Retornando ao ponto anterior, igualmente o advogado não poderia se afastar do real interesse de seu cliente? Também aqui, não existiria espaço para essa cisão?

Essa série de indagações constitui um ponto essencial para que o processo civil possa ser compreendido *ceticamente*, aproximando o seu discurso teórico da sua realidade. Mais que isso, demonstra que uma série de mecanismos tidos como limitadores da atuação do magistrado são, na verdade, bastante razoáveis. É que, embora lhe sejam garantidos o livre convencimento e a independência, o exercício de ambos deve se dar como forma de materialização do interesse público, e não como permissivo para a afirmação de valores particulares. Assim como todo agente público, cabe-lhe preencher sua margem discricionária em observância aos parâmetros da *administração* contemporânea, sem atuar em sentido contrário.

Essa questão pode ser bem percebida por meio de uma hipótese concreta. Nesse sentido, adotemos como parâmetro o nosso atual ambiente relacionado à possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo. É sabido que o Supremo Tribunal Federal já estabeleceu que essa alternativa é hoje cabível, em atenção aos valores *constitucionais*. Desse modo, fixou-se que é esse o *interesse público* a ser tutelado em situações com tais contornos, sendo dessa forma que *todas* as unidades da Administração *devem* atuar.

Partindo dessa pintura, suponhamos que determinado juiz de primeiro grau, radicalmente contrário à união de indivíduos do mesmo gênero, depara-se com uma demanda na qual essa questão é levada a debate. Nesse caso, seria adequado que impusesse essa

qualidade de vida da coletividade e do bem-estar social (*Welfare State*), assim contribuindo, com seu esforço e dedicação, para a composição dos conflitos, em modo justo, a baixo custo e em tempo razoável (...) é dizer, hoje não mais se consente um juiz acomodado em antigas posturas de isenção e distanciamento, desconectado da realidade de uma sociedade massificada e conflitiva". MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014. p.127-18..

³⁵⁶ "A related question is who a federal judge's principal is, or indeed whether there is one in a meaningful sense. Is it the judges of a highest court – but then who are the principals of the judges of the highest court? If the principals are not other judges, are they the members of Congress? The President who appointed the judges? The current President? The American people? The framers of the Constitution? The Constitution itself, or statutes and precedents? But documents can be principals? "The law"? Whatever the answers, no society leaves its judges completely at large". POSNER, Richard. *How Judges Think*. p.126.

opinião? Seria razoável pautar a decisão pela sua impressão pessoal? Haveria conveniência em decidir de maneira diversa daquela já estabelecida como mais compatível com Constituição?

Seria nesse tipo de situação, diante do risco de desalinhamento de interesses, que a disjunção aqui descrita assumiria importância mais clara. Afinal, a opinião pessoal do magistrado *não deveria* conduzir o julgamento, sob pena de se chegar a um indesejado *decisionismo*. Contudo, diante de sua natureza humana, seria necessário estabelecer mecanismos voltados a garantir que isso de fato não ocorresse; a atar os interesses em cena, fazendo com que, embora *discordasse* de seu mérito, o magistrado concluísse que a alternativa mais oportuna é aplicar a orientação superior. Para que se construa uma teoria comprometida com a efetividade jurisdicional, trata-se de um argumento que não pode ser ignorado ³⁵⁷.

³⁵⁷ É a partir dessa percepção que Kornhausen destaca que “economic models of judicial behavior and of court organization require an assumption concerning the motivations of judges. This requirement presents the central challenge to the economic analysis of courts”. KORNHAUSEN, Lewis A. Ob. cit. p.310 e ss.

7. Limites e Pressupostos do Direito Processual Civil

Nos capítulos anteriores, apresentamos aspectos que nos parecem essenciais para que o processo civil seja compreendido de forma mais rente à realidade, valendo-nos do *ceticismo moderado* para formular um diagnóstico crítico da disciplina. No atual, desejamos identificar alguns entraves e parâmetros que decorrem dessa observação. Em resumo, trata-se de colocar como pano de fundo a existência de contornos *objetivos* para aplicação do processo civil e de critérios *subjetivos* para o seu discurso; de delinear a figura teórica, percebendo que há limites concretos para a sua atuação.

Com essa finalidade, as próximas páginas são divididas em quatro tópicos, sendo comum a todos a tentativa de expor alguns pontos-cegos das investigações tradicionais de nosso direito processual civil. No primeiro deles, colocamos em debate a questão dos *custos* inerentes à aplicação da disciplina, inserindo-os como uma barreira concreta à sua efetividade. Nos dois seguintes, identificamos que o processo é *falível*, e que suas estruturas contemporâneas restringem toda tentativa de *democratizá-lo*. Por fim, no último, alertamos a respeito do risco de que a disciplina seja construída de forma *pródiga*, ratificando a necessidade de coerência de seu operador.

7.1. Custos e escassez: o processo como função pública

Iniciando essa abordagem, o primeiro aspecto a ser recordado é a inclusão do direito processual civil no programa estatal. A partir desse ponto, demonstramos que é relevante compreender a disciplina como um ramo do direito público, bem como que o discurso de autoridade se encontra em seu cerne. Aqui, porém, adotamos essa mesma premissa para extrair outra conclusão: por ser uma *função* pública, a atuação do processo se encontra necessariamente condicionada pela *escassez* de *recursos*. Conjugando os livros e a realidade, percebemos que não há como pensar seriamente a matéria sem considerar seus *custos* e suas *possibilidades*.

Em relação a esse tópico, acreditamos que o processualista brasileiro ainda é tímido. Seja pela percepção de que essa ordem de debate não lhe é cabível, seja por um apego excessivo aos livros sem questionar sua materialização, é corriqueiro que se passe ao lado do debate. Entretanto, procurando atar teoria e prática, cabe lançar novas problematizações: ao se falar em audiências por meio eletrônico, coloca-se em tela algo compatível com o nosso erário público? Podemos defender uma majoração das possibilidades de recurso, sem ter em mente o

seu impacto na organização dos Tribunais?

Esse tipo de indagação insere o processo em um problema maior, que tem suscitado discussões efervescentes no âmbito do direito material. Trata-se da questão dos *custos dos direitos*, teorizada com especial ênfase por Holmes e Sustain e responsável por acrescentar um novo ingrediente na ordem do dia do jurista ³⁵⁸. Superam-se leituras simplistas, diagnosticando uma face mais ampla para a relação entre o direito e as suas condições reais de atuação.

Para compreender esse elemento, imaginemos o seguinte paralelo: de um lado, “A”, residente no município de Juara, é proprietário de determinado imóvel rural e nele desenvolve atividades agropecuárias; de outro, “B”, morador da cidade de Tubarão, realiza sessões periódicas de radioterapia em hospital público localizado na sua região. Embora os dois cenários sejam bastante diversos, existe entre eles um aspecto comum. Em ambas as situações, há o exercício de determinado *direito* assegurado por nosso atual ordenamento. Em um caso, coloca-se em cena o direito fundamental de propriedade. No outro, o direito fundamental à saúde.

Esmiuçando o problema, observamos que a feição de cada um desses interesses é bastante diversa, inexistindo coincidência no feixe de posições existente em suas bases ³⁵⁹. Ao lançar mão da segmentação clássica dos direitos em dimensões, estar-se-ia diante de um interesse tipicamente inserido no primeiro grupo e de outro que representaria fielmente o segundo. Assim, enquanto a propriedade seria historicamente vista como uma liberdade negativa, a tutela à saúde representaria um passo em sentido de *welfare* e de maior prestação social ³⁶⁰. Dessa diferença surgiria uma questão: é adequado afirmar que apenas a proteção

³⁵⁸ Assim, HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W Norton & Company, 2000.

³⁵⁹ Investigando essa estrutura complexa dos direitos fundamentais, Alexy constata que “quien habla de un derecho fundamental, por ejemplo, a la vida o a la libertad de opinión, se refiere, por lo general, en sólo, a posiciones individuales sino al derecho fundamental como un todo. ¿ qué es un derecho fundamental como un todo? La respuesta más simple es que un derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones iusfundamentales. Queda abierta la cuestión de saber qué es lo que reúne las distintas posiciones individuales iusfundamentales en un derecho fundamental”. A partir disso, o autor percebe a natureza dinâmica de tais interesses, concebendo-os como princípios e notando sua permeabilidade à ponderação. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.p.241.

³⁶⁰ Identificando essa questão, Ingo Sarlet afirma que os interesses inseridos no primeiro grupo são geralmente “apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei”. De outra banda, no que se refere à segunda categoria, salienta que “a nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”. Não se cuida mais, portanto,

desse segundo aspecto dependeria de *dispêndios* e de *esforços* estatais?

A resposta intuitiva poderia ser afirmativa. Em uma postura maniqueísta, predominaria assim a crença de que a plena proteção dos interesses de primeira geração não pressuporia maiores gastos por parte do Poder Público. Nessa perspectiva, o discurso liberal favorável a uma atuação mínima do Estado viria umbilicalmente acompanhado pelo argumento radicalmente contrário à tributação. De maneira imbricada, os elementos se colocariam em reciprocidade e gerariam um suporte denso em favor da redução da esfera pública.

É nesse ponto, porém, que Holmes e Sunstein dão um passo além. Em resumo, os autores sustentam que *inexiste* direito sem que haja *custos* inerentes à sua efetivação. Isso porque, mesmo em hipóteses nas quais a garantia possui aparência negativa, o ente estatal é obrigado a fiscalizar a sua efetivação e a corrigir eventuais desrespeitos e distorções³⁶¹. A conclusão desmistifica a crença no caráter exclusivamente abstencionista dos “direitos de liberdade”, no que se inclui a propriedade; também aqui, a efetivação dependeria de um determinado grau de ação do Estado.

Sob essa perspectiva, o diálogo entre liberais e *welfaristas* assume um novo traçado no campo jurídico. Passa-se a compreender que *não há* direito cuja garantia, pelo ente estatal, não o onere. Para cada interesse tutelado haveria sempre uma conta, com a qual o próprio contribuinte teria que arcar. Eis o dilema: quanto mais indispensável a atuação do setor público se fizer, maior será também a sua necessidade de arrecadação.

Essa teoria repercutiu em nossa doutrina, encontrando respaldo em ideias como as de Gustavo Amaral³⁶² e de Flávio Galdino³⁶³. Além disso, a percepção de que a efetivação de *todo* direito envolve alocações orçamentárias dá sentido vigorante às “escolhas trágicas” a serem adotadas no campo orçamentário³⁶⁴. De maneira breve, o “cobertor” governamental é

de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais (...) caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação”. Assim, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p.47.

³⁶¹ “No right is simply a right to be left alone by public officials. All rights are claim to an affirmative governmental response (...) judicial accessibility and openness to appeal are crowning achievements of liberal state-building (...) to the extent that rights enforcement depends upon judicial vigilance, right costs, at a minimum whatever it costs to recruit, train, supply, pay, and (in turn) monitor the judicial custodians of our basic rights”. HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. Ob. cit. p.44-45.

³⁶² AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

³⁶³ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

³⁶⁴ O termo é talhado por Calabresi e Bobbitt, que, analisando o processo decisório relacionado à alocação de recursos orçamentários, reconhecem que “the distribution of some goods entails great suffering or death. When attention is riveted on such distributions they arouse emotions of compassion, outrage, and terror. It is then that conflicts are laid bare between on the one hand, those values by which society determined the beneficiaries of the distributions, and (with nature) the perimeters of scarcity, and on the other hand, those humanistic moral

curto, não possuindo extensão suficiente para proteger plenamente toda a gama de interesses e de garantias que dele se espera³⁶⁵. A consequência é que as tomadas de decisão em seu âmbito necessariamente envolverão sacrifícios e concessões.

Um exemplo de aplicação deste raciocínio pode ser identificado nas demandas individuais constantemente propostas para instar o Poder Público ao fornecimento de medicamentos e de tratamentos. Nesses casos, colocam-se em conflito o direito fundamental à saúde e os limites materiais que dão a tônica da atividade administrativa. Forma-se com isso um cenário complexo, no qual não há espaço para simplismos ou para argumentos unilaterais³⁶⁶.

Aproximando-nos desse debate, podemos salientar que a Constituição Federal de 1988 não permite dúvidas quanto à essencialidade do direito fundamental à saúde ou quanto à sua eleição como pilar e função estatal (isto é, como política pública prioritária). Em decorrência, há a consagração de um modelo de Estado em que esse direito (essencialmente) prestacional deve tomar a ordem do dia, exigindo que sua tutela seja perseguida e viabilizada. A questão é de legitimidade, e de cumprimento da deontologia constitucional.

Contudo, o mundo dos fatos impede que essa figura possua contornos tão retilíneos, trazendo nuances que devem obrigatoriamente ser consideradas. Em síntese, a insuficiência de recursos e o avanço da ciência médica não raramente entram em rota de colisão: buscando o aumento de eficácia, é comum que a tutela da saúde diuturnamente disponha de meios mais efetivos e custosos. O orçamento destinado à área, porém, não caminha no mesmo passo. Os recursos são mais finitos do que as possibilidades, trazendo sucessivos desafios³⁶⁷.

Afinal, é preferível construir novos postos de saúde ou adquirir um maquinário mais

values which prize life and well-being". CALABRESI, Guido; BOBBITT, Phillip. *Tragic Choices*. New York: W.W Norton & Company, 1978. p. 18..

³⁶⁵ “A metáfora do cobertor curto é adequada para a compreensão de qualquer orçamento, mas é mais adequada ainda para a compreensão dos limites do orçamento público brasileiro. Trata-se de um cobertor insuficiente para cobrir, ao mesmo tempo, todas as partes do corpo. Se cobre os pés, deixa as mãos sob o efeito do clima. Mas se cobre as mãos, não consegue dar conta dos pés”. CLÉVE, Clémerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 54. São Paulo: Ed. RT, 2006. p.36

³⁶⁶ Como percebe Luís Roberto Barroso, “aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão”. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In. *Revista Interesse Público*. n. 46. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p.34.

³⁶⁷ Como bem pontua Gustavo Amaral, “a escassez é inerente aos recursos necessários à satisfação das necessidades públicas, em especial quanto à saúde, onde além da escassez de recursos financeiros, há carência de recursos não monetários, como órgãos, pessoal especializado e equipamentos, que são escassos em comparação com as necessidades”. AMARAL, Gustavo. Ob. cit. p.172.

moderno para a realização de hemodiálise? É razoável que determinado montante, suficiente para a edificação de um hospital, seja destinado para garantir tratamento de alta complexidade a um único indivíduo?

Em hipóteses como essas, qualquer resposta pode gerar um déficit na concretização do direito fundamental. Entretanto, se em um plano ideal essa ponderação seria desnecessária, a realidade fática a torna obrigatória.

Retornando ao campo processual com esses novos olhares, notamos que também aqui há limitações *objetivas* trazidas pelos *custos* e pela escassez, como constatado por Álvaro Pérez Ragone³⁶⁸. Dessa forma, por mais que a complexidade da matéria pudesse recomendar que cada julgador analisasse semanalmente um único processo, dedicando-lhe toda a sua atenção, é sabido que isso não é *viável*. Assim como ocorre com a oferta de saúde ou de educação, o ente estatal será sempre obrigado a arcar com as despesas advindas da instituição judiciária e da efetivação normativa³⁶⁹. Como o Estado não presenteia, será a própria comunidade que acabará indiretamente custeando essa estrutura, criando limites para a sua atuação.

Forma-se assim uma perspectiva que não pode ser desconsiderada, trazendo à disciplina um lastro de aderência ao mundo concreto. E esse cenário demonstra que não existe discurso ou tópico a ela relacionado cuja atuação não encontre limites no *real*. Desde o debate sobre os poderes instrutórios do juiz até a discussão sobre a dimensão do contraditório, não há argumento que possa ser efetivo sem considerar essa pedra-de-toque. Em uma breve analogia, de nada adianta que se projete a construção de um edifício vultoso como o *Empire States* caso o material e a mão-de-obra disponíveis sequer deem conta da conclusão de um prédio de dez

³⁶⁸ “La mayor o menor duración de un proceso en concreto, la mayor o menor legitimidad de la sentencia, no es por sí una cuestión que interese solo a las partes. Contemporáneamente hablar de las “cosas de las partes” vs. “las cosas del juez” es no entender el debido y justo proceso. No solo existe una cláusula del debido proceso (procedimental) con simple contenido negativo: no es posible que el Estado judicial intervenga más allá de donde debe en un proceso en concreto (...) por cierto el despliegue de un proceso judicial interesa e incumbe además al conjunto de ciudadanos que con sus tributos financian al sistema de administración de justicia aunque no usen el sistema y más aún a aquellos cuyos derechos necesitados de tutela deberán postergarse en ingresar y quizás ser decididos porque los recursos humanos e infraestructurales actuales se encuentran siendo aplicados para otros procesos anteriores. Aún cuando la justicia civil persiga tutelar y resolver los conflictos de las partes como particulares, la utilización de recursos de la función judicial no parece ser sólo cuestión de las partes, o al menos no sólo exclusivamente de ellas”. RAGONE, Álvaro Pérez. La revalorización de la audiencia preliminar o preparatoria: una mirada desde la justicia distributiva en el proceso civil. In. *Revista de Proceso*. n.252. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 02 da versão digital.

³⁶⁹ “The constitutional right to due process – like the private right to bring an action in contract or tort – presupposes that, at the taxpayer’s expense, the state maintains and makes accessible complex and relatively transparent legal institutions within which the cumbersome formalities of fair, public, and understandable adjudication occur (...) giving citizens access to courts and other adjudicative forums is not like giving them access to natural harbors and navigable waters, because the government must not be only brush aside hindrance to access, but must actually create the institutions to which access is being granted”. HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. Ob. cit. p.53-54.

andares. E é assim, também, com a engrenagem processual.

Exemplificando essa perspectiva, pautada na ideia de que a jurisdição é necessariamente *custosa*, coloca-se o totem da “assistência judiciária gratuita”. Como se sabe, trata-se de prerrogativa positivada em nossa realidade como medida de alcance do “acesso à justiça”, viabilizando que também indivíduos hipossuficientes possam levar suas pretensões aos Tribunais ³⁷⁰. A finalidade é indiscutivelmente louvável. Contudo, a prática do instituto, pautada em uma ficção legal, faz com que seu uso seja marcado pela distorção ³⁷¹. Surge com isso um problema: quando o sujeito não arca com as despesas processuais, elas não deixam de existir. O ônus é somente deslocado, criando um passivo com o qual alguém imotivadamente terá que arcar.

No mesmo sentido, ganham novas cores questões como o nosso comportamento conivente com a litigância frívola, demonstrando que também esse elemento cria um preço estrutural absorvido e transferido para a comunidade. Isso porque, ainda que o Código de Processo Civil de 2015 mantenha a previsão de sanções específicas para esse tipo de conduta ³⁷², sua aplicabilidade no plano prático é restrita. Beneficia-se tanto a defesa infundada quanto

³⁷⁰ Nas palavras de Rizzatto Nunes, “um dos grandes entraves para o exercício da cidadania é - sempre foi - o de ordem financeira, capaz de por si só impedir a pessoa de bater às portas do Judiciário para apresentar seu pleito. No Brasil, fruto de uma sustentação democrática bastante ampla, já nos idos de 1950 foi editada a Lei 1.060 visando acabar com essa ordem de impedimento. Pois bem. Anote-se um dado desde logo: um dos pontos fortes da Lei 1.060/1950 está na garantia do direito de isenção que pode a parte requerer, consistente em não arcar com as taxas, custas e despesas processuais, vale dizer, a lei cuida de isentar do pagamento do custo do processo a pessoa que necessite. E o que ela exige para o exercício dessa prerrogativa? Apenas e tão-somente a simples afirmação em juízo de que a parte não tem condições de arcar com esse custo sem prejuízo de seu próprio sustento e/ou de sua família. Nada mais”. NUNES, Rizzatto. A assistência judiciária e a assistência jurídica: uma confusão a ser solvida. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. n.14. São Paulo: Ed. RT, 2004. p.85.

³⁷¹ “No cotidiano forense, de maneira progressiva e cada vez mais frequente, é possível notar que há pessoas que teriam condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo do seu próprio sustento ou de sua família, no entanto, elas declaram o contrário e gozam da isenção de modo fraudulento e desmedido, sem maiores dificuldades”. LOBO, Arthur Mendes. Assistência judiciária gratuita no novo Código de Processo Civil: uma proposta de possível emenda ao PL 8.046/2010. In: *Revista de Processo*. n.194. São Paulo: Ed. RT, 2011. p.353.

³⁷² “Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

a demanda de oportunidade, em um contexto que dificulta a gestão jurisdicional ³⁷³.

Indo além, acreditamos que esse pano de fundo também influencia o próprio debate antes indicado como peça-chave do direito processual civil contemporâneo: aquele entre os seus *meios* e os seus *resultados*. É que, de um lado, o discurso *finalista* usualmente confere maior importância aos *custos* materiais e humanos inerentes à disciplina, aceitando que eles condicionem em alguma medida a sua conformação. Já o argumento *garantista* também percebe esse dado, mas tende a apresentar maior resistência à possibilidade de que ele justifique reconstruções e releituras do processo.

Esse aspecto encontra como exemplo claro a contraposição quanto ao art.285-A, inserido tardiamente no Código de Processo Civil de 1973: aqueles que aceitaram a medida conferiram especial importância à sua possibilidade de desonerar pragmaticamente a estrutura judiciária; já os que foram contrários à mudança não refutavam esse aspecto, mas o consideravam insuficiente para embasar a abreviação do processo tradicional.

Em outros termos, não se colocou em cheque a capacidade de o mecanismo contribuir para a redução dos *custos* da litigância, mas sim o grau de importância que deve ser atribuído a esse vetor. E, ainda que esse debate seja legítimo, sua premissa (os *custos* e a *escassez* intrínsecos ao processo) não parece seriamente questionável.

7.2. Segurança e justiça: o processo civil é falível

Prosseguindo, lembramos que, como visto ao longo da tese, o processo civil tem historicamente possuído a resolução de disputas em seu núcleo. A esse objetivo foram ainda contextualmente acrescidas funções e perspectivas mais amplas, inserindo um novo conteúdo ético na disciplina e fazendo com que a sua capacidade de resposta fosse circularmente relacionada às ideias de *justiça* ou de *segurança*. Contudo, trazendo ao estudo o olhar do *ceticismo moderado*, essa costura é problematizada. E isso porque, com esse novo *approach*, surge uma conclusão arrebatadora: o processo civil é *falível*.

Para esclarecer esse ponto, é interessante recordar a estrutura tradicional da matéria,

§ 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos”.

³⁷³ Afinal, como posto por Bone “intuitively, the decision to sue should depend on at least three factors: the likely recovery, the probability of success, and the cost of trial. A person is more likely to sue the larger the recovery, the higher his chance of success, or the lower the trial costs. Positive economics supplies a model of litigation that gives a rigorous account of how these variables interact. This model is based on the theory of rational choice (...) in a nutshell, the theory of rational choice holds that individuals maximize expected utility”. Nesse sentido, quanto menores os estímulos negativos impostos às partes (custos), maior será a probabilidade de que a atuação judicial frívola se apresente como a melhor alternativa. BONE, Robert G. *The Economics of Civil Procedure*. p.20-21.

com alguns temperos trazidos ao longo dos capítulos anteriores. Nesse sentido, suponhamos que “W” e “Z” possuem relação de parceria empresarial, mas acabam entrando em conflito. Imaginemos que, no seu entendimento, “W” possui a importância de quinhentos mil reais a receber do antigo parceiro. Por seu turno, cogitemos que “Z” discorda de tal pretensão, acreditando que não há qualquer saldo remanescente a ser quitado. Após sucessivas tratativas, as partes concluem que não há possibilidade de se chegar a algum tipo de acordo.

Prosseguindo com o exame do caso, suponhamos que “W” se antecipa e contrata um escritório de advocacia com a finalidade de propor a ação relacionada ao conflito. Imaginemos que, uma vez citado, “Z” também outorga procuração para que determinado advogado atue em seu interesse. A partir daí, temos uma engrenagem com novos atores: de um lado, o representante de “W”; de outro, o patrono de “Z”; entre ambos, o Estado-juiz, personificado na figura do julgador. É nesse ambiente que o debate ocorre normalmente, respeitando de maneira criteriosa os trâmites procedimentais que lhe são aplicáveis. Como consequência, chega-se ao momento *derradeiro* do debate, no qual a *autoridade* entra em cena: o instante da decisão.

Considerando esse pano de fundo, a existência de interesses *conflitantes* quanto ao mérito litigioso é bastante nítida. Em uma ponta, “W” pleiteia a reparação que entende devida. Na outra, “Z” requer a extinção do processo. E cada um *efetivamente* considera que o seu argumento *merece* guarida, razão pela qual o magistrado fatalmente desagradará alguma das partes. Sua decisão se encontra em uma zona nebulosa, já que tanto autor quanto réu apresentam alegações e provas razoáveis a militarem em seu favor. Há um trabalho complexo, a ser desenvolvido com base em uma análise detalhada dos fatos e do seu enquadramento normativo.

Imaginemos, porém, que no curso do processo outros aspectos também são postos em discussão. Como exemplo, suponhamos que o litígio é regido pelo Código de 1973, que o mandado de citação recebido por “Z” é juntado aos autos na data de 14 de março e que a sua contestação é apresentada no dia 28 do mesmo mês. Seria, assim, previsível que não houvesse maior questionamento quanto à tempestividade da defesa. Contudo, conjecturemos que “W” sustenta que a resposta do réu foi protocolada após o termo legal, afirmando que o curso do prazo teria se iniciado no momento do recebimento do mandado.

Nessa situação, um mero exame do diploma aplicável à causa demonstraria que a alegação não possui sentido aparente. Afinal, a questão debatida seria objeto de previsão legal *expressa*, cujos parâmetros não corroboram o argumento formulado pelo autor. A zona de

cognição judicial seria assim mais translúcida, tornando questionável se o próprio agente que levantou a discórdia acredita em sua robustez.

Colocadas as coisas dessa forma, observamos que os dois focos de discussão indicados acima possuiriam diferentes ambientes de decisão. Em um deles, o raciocínio passaria por um exame acurado dos fatos relacionados à causa, enfrentando uma batalha argumentativa bastante densa. No outro, o ponto não tenderia a exigir o mesmo grau de aprofundamento, passando apenas por uma avaliação relativamente simples do próprio enunciado legal. Entretanto, ambos disporiam de um traço comum: a impossibilidade de se excluir o risco de o magistrado “errar”; de *interpretar* determinado aspecto de maneira diversa daquela socialmente esperada.

De fato, foi visto em momento anterior que o Estado-juiz será sempre representado por um cidadão *investido* da função jurisdicional. Sustentar o contrário seria construir a disciplina ao redor de uma prosopopeia. O ente estatal não senta em frente ao computador e redige uma sentença. Tampouco, dirige-se à sala de audiências e preside a inquirição de testemunhas. E também não é ele o responsável pela condução processual. Em todos os casos, quem age é um magistrado de carne e osso; um ser humano, *falível* como qualquer outro.

Considerando esse dado, todas as decisões que compõem o processo serão tomadas por um indivíduo cuja racionalidade é limitada³⁷⁴. O julgador não pode dar conta de tudo ou se propor à perfeição, possuindo entraves que condicionam o seu conhecimento. E esse aspecto é agravado em um cenário como o brasileiro, em que as barreiras materiais periodicamente costumam trazer obstáculos à atuação do Judiciário³⁷⁵.

³⁷⁴ Com efeito, ao analisar essa possibilidade de cognição judicial é valioso recordar que, no campo da análise comportamental, já ganhou assento destacado a ideia de que as condutas humanas são pautadas por uma maximização do resultado desejado, mas que esse critério é perseguido através de um ambiente de *limitação* de dados e de informações (*bounded rationality*). Problematicando a questão, Jones assim pontua: “do people make rational decisions in politics and economics? Not if by “rational” we mean that they demonstrate conformity to the classic expected utility model. There is no longer any doubt about the weight of the scientific evidence; the expected-utility model of economic and political decision making is not sustainable empirically. From the laboratory comes failure after failure of rational expected utility to account for human behavior. From systematic observation in organizational settings, scant evidence of behavior based on the expected-utility model emerges. Does this mean that people (and therefore their politics) are irrational? Not at all. People making choices are intendedly rational. They want to make rational decisions, but they cannot always do so (...) In structured situations, at least, we may conceive of any decision as having two components: environmental demands (seen by the individual as incentives, positive or negative) and bounds on adaptability in the given decision-making situation. Ideally, an analysis based on rational choice should be able to specify what the environmental incentives are and to predict decisions based on those incentives. What cannot be explained is either random error (even the most rational of us may make an occasional mistake, but these are not systematic) or bounded rationality showing through”. Assim, JONES, Bryan D. Bounded Rationality. In. *Annual Review of Political Science*. n.2. Palo Alto: Annual Reviews, 1999. p.297-298.

³⁷⁵ Nas palavras de Mancuso, “a assunção, pelo Estado-juiz, dos conflitos instaurados e não auto ou heterocompostos entre os interessados ou entre estes e a Administração Pública, não foi acompanhada de uma igual preocupação com a boa gestão da imensa massa de processos que foi se avolumando nos escaninhos

Partindo dessa premissa mais ampla, um primeiro ponto a ser notado é que *sempre* será possível que o julgador “erre” a respeito do suporte fático de determinada causa, por mais simples que ele pareça ser. Em outros termos, mesmo diante da evidência de um elemento e da natureza artificial de seu debate, há o risco de que o magistrado se equivoque em sua apreciação. E essa leitura errônea poderá contaminar o litígio, conduzindo a uma conclusão bastante diversa daquela antes esperada.

Mais uma vez levamos essa premissa para o campo exemplificativo. Para tanto, suponhamos que “A” ingressa com demanda indenizatória em face de “B”, pleiteando a reparação por danos sofridos em um sinistro automotivo. Nessa situação, imaginemos que o autor afirme que seu veículo estava estacionado quando foi atingido pelo réu, apresentando imagens de câmeras de segurança que embasam a alegação e arrolando três testemunhas que corroboram o seu relato fático. Por seu turno, suponhamos que “B” se limita a afirmar que estava com o veículo em outra cidade na mesma data, razão pela qual o acidente não ocorreu.

O exemplo acima possui natureza extrema, por um motivo específico. Com ele, demonstra-se que, por mais claro que o caso pareça, *não há garantias* quanto ao teor da análise judicial de seu suporte fático. Em maior ou menor escala, a chance de que a decisão se afaste do material probatório trazido aos autos estará sempre presente, sendo inviável afastá-la por completo. Na hipótese em questão, por exemplo, não existe o que pudesse assegurar que o argumento de inexistência do sinistro não seria acolhido. Essa álea é inerente a todo debate.

Destinando maiores tintas a esse problema, vale destacar que a possibilidade de se falar em um argumento de *verdade* vem sendo objeto de inúmeras controvérsias no campo da filosofia. Oscilando entre discursos que vão do pragmatismo contemporâneo de Richard Rorty³⁷⁶ à lógica de adequação relida por Susan Haack³⁷⁷, o debate é intenso e faz com que uma

judiciários, de primeiro e segundo graus, assim como tampouco se atentou para um efetivo controle da *efetividade* da prestação jurisdicional, olvidando-se o aviso de que a *quantidade acaba por afetar a qualidade* (...) como se diz em sede de “organização e método”, *quem quer os fins, deve dar os meios*, e o que se constata é que o Estado brasileiro houve por bem assumir o monopólio de distribuir a Justiça, mas não revelou empenho e proficiência em dotá-la dos meios pessoais e materiais que lhe permitissem produzir um resultado final de boa qualidade”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. p.58-59.

³⁷⁶ Sintetizando sua ideia, lastreada na descrença com qualquer noção de “verdade” e com a procura por uma maior valorização da ideia de “justificação”, Rorty (1931-2007) salientou que “what was needed, and what the idealists were unable to envisage, was a repudiation of the very idea of anything - mind or matter, self or world - having an intrinsic nature to be expressed or represented. For the idealists confused the idea that nothing has such a nature with the idea that space and time are unreal, that human beings cause the spatiotemporal world to exist. We need to make a distinction between the claim that the world is out there and the claim that truth is out there. To say that the world is out there, that it is not our creation, is to say, with common sense, that most things in space and time are the effects of causes which do not include human mental states. To say that truth is not out there is simply to say that where there are no sentences there is no truth, that sentences are elements of human languages, and that human languages are human creations. Truth cannot be out there - cannot exist

singela conclusão por ora nos seja o bastante: no campo processual, falar em *verdade* é (no mínimo) problemático ³⁷⁸. Eis o porquê de se deixar claro o conteúdo aqui atribuído à ideia de “erro”. Não se trata de confrontar a decisão com algum parâmetro metafísico, mas com aquilo que seria mais expectável que viesse a ocorrer; com o resultado pretensamente *seguro*.

Prosseguindo nessa linha, há outro fator tênue que deve ser considerado. É que, ao colocar em cheque ideias como o sentido unívoco da lei e perceber a natureza humana do agente-juiz, observamos que também há espaço para divergências quanto aos próprios preceitos a serem aplicados. Isso faz com que o julgamento não encontre limites somente no campo fático, mas também no ambiente jurídico ³⁷⁹. Trata-se de um preço trazido pela pluralidade hermenêutica, fazendo com que mesmo nesse prisma haja quem possa conceber a decisão como *injusta* ou *equivocada* ³⁸⁰.

independently of the human mind - because sentences cannot so exist, or be out there. The world is out there, but descriptions of the world are not. Only descriptions of the world can be true or false. The world on its own - unaided by the describing activities of human beings - cannot”. RORTY, Richard. *Contingency, irony and solidarity*. New York: Cambridge University Press, 1993. p.05.

³⁷⁷ Assim, “the concept of truth is internally related to the concepts of belief, evidence, and inquiry. To believe that p is to accept p as true. Evidence that p is evidence that p is true, an indication of the truth of p. And to inquire into whether p is to inquire into whether p is true; if you aren’t trying to get the truth, you aren’t really inquiring. (...) The genuine inquirer’s love of truth, as this reveals, is not like the love of a collector for the antique furniture or exotic stamps he collects, nor is it like a religious person’s love of God. He is not a collector of true propositions, nor is he a worshipper of an intellectual ideal. He is a person of intellectual integrity. He is not, like the fake reasoner, indifferent to the truth of the propositions for which he argues. He is not, like the sham reasoner, unbudgeably loyal to some proposition, committed however the evidence turns out. Whatever question he investigates, he tries to find the truth of that question, whatever the color of that truth may be”. HAACK, Susan. Concern for Truth: What it Means, Why it Matters. In: GROSS, Paul R. LEVITT, Norman. LEWIS, Martin W. (orgs.). *The Flight from Science and Reason*. New York: New York Academy of Science, 1996. p.57-59.

³⁷⁸ A questão pode ser exemplificativamente observada pelo recente debate entre Taruffo e Cavallone, colocando em tela duas visões substancialmente diversas sobre o tema e lastreadas em alicerces filosóficos e epistemológicos também distintos. Assim, veja-se TARUFFO, Michele. Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone. In: *Rivista di Diritto Processuale*. n.65. v.1. Padova: CEDAM, 2010. p 995 e ss. CAVALLONE, Bruno. In difesa della Veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo. In: *Rivista di Diritto Processuale*. n.65. v.1. Padova: CEDAM, 2010. p.01 e ss.

³⁷⁹ Observando a questão, Jerome Frank (1889-1957) destacou que “the problem is, in part, one of what today we call “semantics”. Words serve as symbols. As such, necessarily they are somewhat compressed, condensed. Does the legislature’s compression which omits some particulars, indicate an intention to omit them? The judges must determine the proper limits of expansion of the condensed symbols. Judges often differ among themselves as to the appropriate amount of such expansion. The varieties of human experiences are legion. They cannot be dealt with in mathematically. What, for instance, does the word “value” or the word “employees” mean when found in a statute? Were a legislature to try to tie down the courts by over-precise words, it would often defeat itself”. FRANK, Jerome. *Courts on Trial*. New York: Princeton University Press, 1949. p.294.

³⁸⁰ Até porque, como notado por Schauer, o reconhecimento da abertura interpretativa faz com que um mesmo suporte possa ser compreendido de modo substancialmente diverso por diferentes atores. Problematicando a questão, o autor assim pontua: “under what circumstances will which officials be given the freedom to exercise their own judgment and make their own choices, and under what circumstances will that freedom be constrained or even mostly eliminated? When a judge is determining which custody decision is in the best interests of the child, for example, she might be faced with a choice between a wealthy mother who can provide the child with high-quality education, housing, recreation, and culture and a less wealthy father who appears to understand the child better than the mother. Under these circumstances, some judges would prefer the mother and others the father, but the basic idea of discretion is that neither of these decisions, given the “best interests of the child”

Para demonstrar esse aspecto, tomamos como parâmetro o debate por longo tempo existente quanto à vinculação entre o tratamento processual a ser dado à *composse* e o regime conjugal dos litigantes ³⁸¹. Em suma, o problema se colocava nos seguintes termos: em demandas possessórias envolvendo pessoa casada, seria necessário que também o seu cônjuge figurasse em juízo?

O entendimento da discussão passa pela análise de alguns enunciados que ao longo das últimas décadas deram as cores de nossa legislação. O primeiro deles é o art.266 do Código Civil de 1916, segundo o qual “na constância da sociedade conjugal”, em regime de comunhão universal, “a posse dos bens” seria considerada “comum”.

O dispositivo traria assim uma orientação bastante precisa, e impactaria o processo. Afinal, conferindo-se à posse natureza *comum*, eventuais demandas em que ela fosse questionada deveriam contar com a participação de *ambos* os cônjuges da relação. Tanto um quanto o outro assumiria a condição de possuidor do bem, sendo-lhe assistido o direito de atuar em sua defesa.

Ocorre que, gerando maior complexidade, o Código de Processo Civil de 1973 também se inseriu no debate. É que, ao estabelecer em seu art.10 as hipóteses em que a atuação marital seria necessária (ativa ou passivamente), o diploma não fez menção expressa

standard, would be legally incorrect. People might criticize one or the other decision for being morally wrong, psychologically ignorant, or based on erroneous factual premises, and so it would not be correct to say that the two decisions are equally right. But it would be correct to say that the two decisions are equally legally right, and thus that either decision would, in the ordinary course of things, be upheld on appeal”. Corroborando a questão, e valendo-se do próprio pensamento de Schauer, também Bruno Torrano percebe que a abertura de caminhos é consequência lógica da porosidade, afirmando que “é tarefa fácil imaginar situações em que, a despeito nde a discussão envolver uma situação juridicamente *regulada*, há, de um lado, cuidado excessivo na argumentação, mas, de outro, continuam existindo possibilidades decisórias igualmente bem fundamentadas, que apontam para lado diverso. Eis, aí, outra ideia central da discricionariiedade, que recomenda que esse termo seja utilizado em *sentido amplo*: a completa e fatal inexistência de critérios seguros para dizer que uma das decisões possíveis em um caso regulado é *legalmente incorreta*”. SCHAUER, Fredericks. *Thinking like a Lawyer – A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p.190. TORRANO, Bruno. Ob. cit. p.167.

³⁸¹ A respeito do instituto da “*composse*”, explica Orlando Gomes que “se o domínio pode ser comum, também a posse pode ser *pro indiviso*. Admite-se, com efeito, que diversas pessoas possam ser possuidoras de uma só e mesma coisa. A posse em comum da mesma coisa, no mesmo grau, chama-se *composse*. É uma situação que não deve ser confundida com a do desdobramento da relação possessória em posse direta e indireta, na qual o objeto da posse é também uma só e a mesma coisa. Mas, nesta, os graus da posse são diversos, pois um dos possuidores fica privado da utilização imediata da coisa. Na *composse*, todos podem utilizá-la diretamente, desde que uns não excluam os outros”. Ainda em relação ao tema, Caio Mário da Silva Pereira (1913-2004) destaca que “por força de convenção ou a título hereditário (adquirentes de coisa em comum, cotitulares do mesmo direito, marido e mulher em regime de comunhão de bens, coerdeiros antes da partilha, comunheiros antes da *communi dividundo*), duas ou mais pessoas tomam-se condôminas da mesma coisa, mantendo-se *pro indiviso* a situação respectiva, em virtude de qual ela constitui objeto da propriedade de todos (...) uma vez que a posse é a exteriorização do comportamento do dominus, admite-se como corolário natural a *composse*, em todos os casos em que ocorre o condomínio, compossuidores os condôminos. Nas suas relações externas, isto é, nas relações com terceiros, os compossuidores procedem como se fossem um único sujeito, não interessando aos estranhos à relação compossessória indagar do estado de comunhão, ou sua causa, nem apurar o valor da quota de cada comunheiro”. Assim, GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. p.45. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. ed. rev. e atual. v.4. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 28.

às medidas possessórias³⁸². Dessa forma, deu-se azo a algumas questões: o rol trazido pela norma processual seria taxativo? As possessórias estariam incluídas em algum de seus preceitos? Em caso negativo, a participação do cônjuge estaria dispensada nessas medidas?

Diante das provocações, o legislador foi outra vez impulsionado a atuar, acrescentando ao mencionado art.10 um “parágrafo segundo”, de seguinte teor: “*nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de composses ou de ato por ambos praticados*”. Contudo, novamente houve espaço para indagações. Afinal, tratando-se de vínculo marital em regime de *comunhão*, a prova dessa *composse* seria necessária? Em tais circunstâncias, esse elemento não seria presumido³⁸³?

Essas considerações não foram objeto de consenso, reconhecendo-se sua abertura. E, embora o tema tenha sido gradualmente pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça³⁸⁴ e relativizado pelo Código Civil de 2002³⁸⁵, ainda hoje é possível identificar vozes

³⁸² “Art. 10. O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios.

Parágrafo único. Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações:

I - fundadas em direito real sobre imóveis;

II - resultantes de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles;

III - fundadas em dívidas contraídas pelo marido a bem da família, mas cuja execução tenha de recair sobre o produto do trabalho da mulher ou os seus bens reservados;

IV - que tenham por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges”.

³⁸³ Sobre o tema, Nelson Nery Junior se posicionou nos seguintes termos: “tendo em vista que a ação possessória não tem o caráter de real imobiliária, sendo uma ação pessoal, não há necessidade de autorização conjugal para a propositura da ação, nem da citação de ambos os cônjuges para integrar o pólo passivo da relação jurídica processual, salvo nos casos de composses ou de ato por ambos praticado (art. 10, § 2.º, do CPC. Quando o regime do casamento for o da comunhão parcial ou da separação de bens, em que um dos cônjuges exerça posse sozinho sobre bem imóvel, pode ajuizar possessória sem o consentimento do outro cônjuge e, caso seja réu de ação possessória, integrará o pólo passivo igualmente sozinho, sendo desnecessária a citação do outro cônjuge. Quando o regime de bens do casamento for o da comunhão universal, ambos os cônjuges são compossuidores e o raciocínio aqui expendido não se aplica”. Por seu turno, Arruda Alvim assim explicou a questão: “inúmeras decisões entendiam que marido e mulher deveriam ser citados para ações possessórias, mesmo antes da modificação do art. 10 (...) Diferentemente e ainda antes dessa modificação do art. 10 do CPC (tendo em vista seu § 2.º, que foi acrescentado pela Lei 8.952, de 13.12.1994), outra corrente posicionava-se em sentido contrário. A posição atual é a que decorre dessa alteração (...) A partir da idéia de que a ação possessória não é ação real imobiliária, e, tendo em vista o disposto no art. 10, § 2.º, do CPC, segue-se que a citação do cônjuge somente é exigível se os fatos da demanda a este disserem respeito, seja por causa da composses, seja, ainda, “quando haja praticado, ele próprio, ato que justifique sua presença como réu na demanda possessória”. NERY JUNIOR, Nelson. Proteção Judicial da Posse. In. *Revista de Direito Privado*. n.7. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 104 e ss. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Defesa da Posse e Ações Possessórias. In. *Revista de Processo*. n.114. São Paulo: Ed. RT, 2004. p.19.

³⁸⁴ Com efeito, pode-se dizer que a questão foi consolidada no âmbito do Tribunal na análise do REsp nº 978.939/MT (Rel. Min. João Otávio Noronha, Julg. em 15 de dezembro de 2011), tendo por fundo Embargos de Terceiro fundados na questão então controvertida. Nessa ocasião, o órgão assim se manifestou: “Recurso especial. Processual civil. Civil. Reintegração de posse. Composse. Ausência de citação do cônjuge virago. Desnecessidade. Recurso desprovido. 1. Composse é modalidade de posse em que há simultaneidade do exercício da posse por mais de um titular, praticando atos de domínio sobre a coisa. 2. Em ação de reintegração de posse, inexistindo a composse, é dispensável a participação do cônjuge para o processamento válido da ação (REsp 76.721/PR, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 30.03.1998). 3. Rever os fundamentos do acórdão recorrido para acatar a alegação de existência de efetivo exercício de posse ou de contrato que gere relação

dissonantes³⁸⁶. Em suma, o arcabouço legislativo deu vazão a diferentes leituras, criando um debate no qual a resposta judicial assumiu ares imprevisíveis.

Considerando esse tipo de cenário, vemos que o julgador está sempre vulnerável à *incerteza*. E esse aspecto é elementar, trazendo consigo um novo ponto de apoio: por mais que se almejasse o contrário, a *segurança jurídica* não possui tanta assertividade quanto se poderia desejar³⁸⁷. Seja pela pluralidade interpretativa inerente a qualquer preceito, seja pela limitação intrínseca a toda apreciação fática, não há como garantir que a resolução de uma disputa adotará o encaminhamento pretensamente mais adequado.

Em resumo, no instante em que determinado conflito é conduzido à apreciação jurisdicional, não há norma que vá regrá-lo de maneira automática. Da mesma forma, inexistente como assegurar que o órgão julgador apreenderá a dimensão exata dos fatos que o permeiam. Nos dois níveis existirá espaço para equívocos e para indagações, conduzindo a uma mesma conclusão: o processo civil é *falível*. Esse dado é inevitável, cabendo ao teórico inseri-lo no estudo da matéria.

7.3. Representação e discurso técnico: o processo civil é democraticamente limitado

atinente ao direito real demanda a incursão no campo fático-probatório. Aplicação da Súmula 7 do STJ. 4. Recurso especial conhecido e desprovido”. E, da análise do voto condutor, vê-se a clara estipulação de que “o casamento sob o regime de comunhão universal de bens, por si só, não outorga à mulher condições indispensáveis à interposição de (...) demanda possessória (...) salvo se demonstrados o exercício de posse simultânea sobre o imóvel ou de ato praticado por ambos de forma distinta, que tenham originado a demanda possessória”.

³⁸⁵ De fato, o Código de 2002, diversamente do que previa o diploma de 1916, passou a conferir lentes menos impositivas à questão – desestimulando a junção, absoluta, entre composses e regime de bens. Nesse sentido, estabeleceu em seu art.1.667 que “o regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte” e em seu art. 1.658 que “no regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes”. Deixou-se, assim, de fazer menção explícita à natureza “comum” da “posse dos bens”, fato que ocorria no regramento anterior.

³⁸⁶ Com posicionamento diverso mesmo na vigência do atual Código, coloca-se, por exemplo, Humberto Theodoro, do seguinte modo: “no encontro Nacional de Tribunais de Alçada, ocorrido em 1981, no Rio de Janeiro, prevaleceu, contudo, por maioria de votos, a tese de que, não sendo a possessória ação real, dispensável é a vênua conjugal para propô-la. Reconheceu-se, todavia, a necessidade de citação de ambos os cônjuges, quando o fato da posse disser respeito ou derivar de atos por ambos praticados. A ressalva, porém, das situações fáticas de posse comum a ambos os cônjuges acaba tendo maior relevância do que o próprio enunciado principal. Isto porque o regime de bens generalizado nos casamentos brasileiros é o da comunhão, e nele, por força de sua própria natureza, enquanto durar a constância da sociedade conjugal, a propriedade e posse dos bens são comuns”. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais*. 46. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 211.

³⁸⁷ Até porque, como nota Jerome Frank, “we must face the fact that judges are human. That should not dismay those of us who cherish democracy. For in a democracy it is an imperative never to forget that public offices are, of necessity, held by mere men, who, of course, have human foibles. It is only where government officials are deemed to be semi-divine that people have any excuse for ignoring the ineluctable personal factor in government. Wherefore the belief that government can ever consist of perfect creatures is alien to a democracy. That false belief constitutes the core of the philosophy of a dictatorship; it is the basis of “personal government”, in its most extreme and pernicious form”. Diante disso, a presença de um fator de *incerteza* seria indelével da atuação jurisdicional. FRANK, Jerome. Ob. cit. p.410.

No item anterior, expusemos um ponto-cego inerente à capacidade de resposta do direito processual civil. Aqui, identificamos que a ideia de que a disciplina deve depositar maiores luzes sobre a *participação*, revestindo-se de um traço *democrático*, também é limitada. A partir do *ceticismo moderado*, igualmente esse aspecto deve ser colocado na linha de tiro.

Para compreender esse ponto, vale destacar que o conceito de “processo civil democrático” tem assumido utilização crescente em nossa academia, servindo como supedâneo para a defesa de uma visão *colaborativa* da matéria. Nesse sentido, há quem chegue a afirmar que essa característica seria a *peça-chave* do nosso novo Código de Processo Civil, ditando o seu conteúdo e impondo questões como o contraditório estendido ou a vedação de “decisões surpresa”. Foi demonstrado que essa inclinação dialoga com um movimento mais amplo, identificado de maneira geral sobre toda a Administração Pública³⁸⁸. E, em qualquer das situações, o fortalecimento do argumento *democrático* figuraria como pano de fundo.

Aproximando-nos desse debate, recordamos que a subsistência de um modelo de *democracia* nos seus parâmetros *liberais* vem sendo corriqueiramente vista como problemática³⁸⁹, abrindo espaço para discursos como os de Habermas e Nino e fomentando a construção de novas alternativas de maior participação popular³⁹⁰. Inserem-se aqui elementos como as audiências públicas, o incremento de atuação do “terceiro setor” ou a criação de ouvidorias na esfera administrativa³⁹¹. Em todos os casos, haveria a tentativa de conferir *legitimidade* à atividade estatal por meio de uma conformação mais democrática³⁹²; de um

³⁸⁸ Vide, por todas, nota 121 *supra*.

³⁸⁹ Nesse sentido, afirma-se que “a democracia deve ser adotada como procedimento e experimentação em uma ação comunicativa e argumentativa a fim de serem tomadas as decisões moralmente mais corretas. No entanto, não podem usurpar determinadas conquistas, direitos e garantias estabelecidas pela Constituição (...) a deliberação é legítima se a inclusão das partes no processo de discussão e decisão se dá em pé de igualdade e sem pressões coercitivas; mediante o conhecimento dos termos fáticos do problema e de tal forma que as minorias não estejam incapacitadas de participar, em momentos em que os indivíduos não se encontrem sujeitos a emoções extremas”. GODOY, Miguel Gualano. Ob. cit. p.108-109.

³⁹⁰ Assim, *passim*, HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2 v. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Também, NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.

³⁹¹ Sobre os temas, veja-se SALAMON, Lester M. ANHEIER, Helmut K. *Defining the nonprofit sector: A crossnational analysis*. Manchester: Manchester University Press, 1997. Também, na doutrina brasileira, FALCÃO, Joaquim. *Democracia, Direito e Terceiro Setor*. São Paulo: Editora FGV, 2004. Ainda, LYRA, Rubens Pinto (Org.). *Do Tribuna da Plebe ao Ouvidor Público: estudos sobre defensores da cidadania*. João Pessoa: Editora UFPB, 2011. Ainda, GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. Do Instituto do Ombudsman à construção das ouvidorias públicas no Brasil. In. LYRA, Rubens Pinto (Org.). (Org.). *Autônomas x obedientes: a ouvidoria pública em debate*. João Pessoa: Editora UFPB, 2004.

³⁹² Como posto por Gustavo Binenbojm, “as crises da democracia representativa e da lei formal, a alocação cada vez maior de encargos decisórios na Administração Pública, por força de normas legais abertas, bem como a proliferação de autoridades administrativas independentes, não diretamente *responsivas* à vontade política de

panorama mais afeto ao debate e à participação.

Conforme demonstrado, seria esse o pressuposto que também pautaria a defesa de uma racionalidade análoga no campo do processo. Sob esse prisma, concebê-lo como *democrático* pressuporia redesenhar sua geometria procedimental, conferindo moldura policêntrica às suas linhas de poder ³⁹³. Ocorre que, em nossa visão, a aceitação desse raciocínio deve passar por um par de indagações: o processo civil brasileiro é, realmente, compatível com um discurso *democrático*? É possível conjugar esse dado com as suas características essenciais?

Para decifrar essas provocações, encontramos um importante pilar já apresentado ao longo do estudo. Trata-se do pensamento de Mirjan Damaska, segmentando as estruturas processuais em dois tipos *ideais* (*hierárquico* e *coordenado*) relacionados ao próprio modal de atuação administrativa ³⁹⁴. Como visto, o primeiro possuiria como traços centrais a separação entre profissionais e leigos, o apego a cânones decisórios pré-estabelecidos e o tecnicismo. Já o segundo teria os seus contornos ditados pela maior proximidade entre Judiciário e comunidade, pela aderência das decisões às circunstâncias do caso e pelo menor grau de profissionalismo. Ainda que se trate de tipos puros ³⁹⁵, seu suporte metodológico nos permite formular uma breve ponderação: em suas linhas gerais, o processo civil brasileiro penderia para qual dos lados?

A resposta sequer chega a ser desafiadora. Nossa veia liberal e sua influência na construção das nossas instituições processuais não deixam dúvidas de que, historicamente, nosso modelo sempre se afeioou melhor àquele que de essência *hierárquica*. Trata-se de

agentes eleitos, impulsionam hoje a tendência quase universal, embora não imune a críticas, ao fomento à participação social nos processos de formulação das decisões administrativas. Tamanha é a sua importância na atualidade que já tem sido considerada uma forma de *democratizar* as democracias representativas”. BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo: um itinerário de avanços e retrocessos. In. *Revista Brasileira de Direito Público*. n.14. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2006. p.87 e ss.

³⁹³ Veja-se, aliás, que esse tipo de percepção não é inteiramente nova. Na verdade, é possível identificar sua presença já no pensamento de Calamandrei, estabelecendo que “the parts are *persons*, that is, subjects having rights and duties, and they stand not powerless before the judge, required to obey passively, but as free citizens who come before him not merely with obligations to fulfill, but also with rights to protect. And the judge is not only possessed of power over them but is a public servant, bound to them by duties and responsibilities, so that the parties have the right to express their opinion freely and to be heard with attention (...) therefore, the judge is never the only actor in the judicial process. This process is not a monologue; it is a dialogue, a conversation, a give and take of proposals and answers, an interchange of actions and reactions, of attacks and counterattacks, of arguments and refutations”. CALAMANDREI, Piero. *Procedure and Democracy*. p.73-74.

³⁹⁴ Vide item 5.3.

³⁹⁵ Nesse ponto, é importante lembrar, com Max Weber, que os tipos ideais “não desejam forçar esquematicamente a vida histórica infinita e multifacetária, mas simplesmente criar conceitos úteis para finalidades especiais e orientação”. Em outros termos, não se trata de reduzir a realidade à perspectiva conceitual, mas apenas de instituir um mecanismo que facilite sua compreensão. Assim, WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1982. p.345..

reflexo direto da própria percepção erigida quanto à figura do Estado ³⁹⁶. A partir desse pressuposto, o processo civil brasileiro foi talhado possuindo como marcas o profissionalismo, o afastamento entre os agentes e a (aparente) previsibilidade.

Em diferentes momentos da atual tese demonstramos que esse quadro entrou em relativa ebulição com a desconstrução dos dogmas liberais. Contudo, um dos seus alicerces ainda se mantém incólume, reforçando-se dia após dia: a natureza *profissionalizada* do direito processual civil. Seja por *lobby* político, seja por opção ideológica, nosso processo possui o *tecnicismo* cravejado em seu núcleo. E, em um cenário como esse, falar em *democracia* soa (no mínimo) questionável. A eventual ampliação do exercício de contraditório, por exemplo, modula somente a atuação dos próprios advogados. Para as partes originárias, o afastamento continua assumindo o mesmo teor.

De fato, a complexidade dada à disciplina, repleta de idiossincrasias e de ritualismos, forma um quadro claramente *excludente* e levanta uma parede intransponível entre o *leigo* e o *técnico*. O campo jurídico assume assim capital próprio, fazendo com que esse afastamento seja diariamente endossado: o jurista *apreende* o Direito dessa forma, e irá *reforçá-la* em cada oportunidade em que o atuar ³⁹⁷. Como conclusão, a matéria se converte em um desenho incompreensível para a maior parte da comunidade ³⁹⁸; em um modelo *antidemocrático* por excelência.

Afinal, o que são “embargos infringentes”? Quais os sentidos de termos como “*data venia*” ou “*a quo*”? Em que consiste a possibilidade de “agravo regimental”? O que representa “preclusão”, e qual o seu impacto no direito de produzir provas em juízo? Como e quando é viável pleitear a reforma de determinada decisão judicial? Por qual motivo alguns

³⁹⁶ Ver, *passsim*, DAMASKA, Mirjan. Ob. cit. p.29-38.

³⁹⁷ Como notado de forma lapidar por Bourdieu, “a instituição de um <espaço judicial> implica a imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que, quando nele se acham lançados, permanecem de facto dele excluídos, por não poderem operar a conversão de todo o espaço mental – e, em particular, de toda a postura linguística – que supõe a entrada neste espaço social. A constituição de uma competência propriamente jurídica, mestria técnica de um saber científico frequentemente antinómico das simples recomendações do senso comum, leva à desqualificação do sentido de equidade dos não-especialistas e à revogação da sua construção espontânea dos factos, da sua <visão do caso>. O desvio entre a visão vulgar daquele que se vai tornar num <justiciável>, quer dizer, num cliente, e a visão científica do perito, juiz, advogado, conselheiro jurídico, etc., nada tem de accidental; ele é constitutivo de uma relação de poder, que fundamenta dois sistemas diferentes de pressupostos, de intenções expressivas, numa palavra, duas visões do mundo”. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico* p.225-226.

³⁹⁸ Conforme Hespanha, “embora não se possa dizer que o direito é neutral em relação a interesses ou objetivos ligados ao poder (...) a verdade é o direito aparece como uma esfera relativamente autónoma, resistente à influência de outras esferas da actividade social. Isto é frequentemente realçado, tanto quando se refere o modo como os juristas resistem a adoptar conceitos estranhos à sua própria maneira de pensar e de falar, como quando se sublinha como eles cultivam um espírito corporativo (...) podem ser listados alguns dos elementos desta estratégia de alegada *tomada de distância* em relação ao mundo. Um deles é o carácter formalizado da linguagem jurídica que, dificultando aos outros o acesso a ela, cria para os juristas o monopólio de um saber decisivo sobre a vida quotidiana”. HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito*. p.306-307.

recursos são interpostos diretamente no Tribunal, e outros não?

Em nossa sociedade, a resposta a esse tipo de indagação certamente não se encontra no léxico daqueles que não se submeteram ao treinamento *específico* das faculdades de Direito. O processo civil se torna assim enigmático para o indivíduo “*comum*”, assumindo uma dimensão estranha à sua capacidade de participação; uma face *complexa*, obstativa de qualquer discurso pretensamente democrático ³⁹⁹.

Para exemplificar esse aspecto, lembramos brevemente um caso que assumiu relativa notoriedade em nossos Tribunais: a ação civil pública, proposta pela Associação Paranaense de Defesa dos Consumidores, que questionou o empréstimo compulsório de valores de combustível praticado durante algum período pela União Federal. Naquela ocasião, a medida foi julgada procedente, proferindo-se condenação genérica contrária ao ente público e permitindo o manejo das subsequentes execuções individuais.

Ocorre que, após o seu trânsito em julgado, a União ingressou com ação rescisória voltada à desconstituição da sentença coletiva. Para tanto, argumentou que a associação responsável pelo seu manejo não possuiria legitimidade *ad causam* para o feito, diante de seu objeto de atuação. E essa tese prosperou no âmbito do Supremo Tribunal Federal, após passar por um exaustivo percurso ⁴⁰⁰.

Considerando esse cenário, a visão trazida no presente tópico acaba transparecendo de forma cristalina. É que, por mais que o debate processual em questão possuísse relevância para um número amplo de sujeitos, o seu deslinde e o seu vocabulário certamente são *ininteligíveis* para a maioria. Enfatiza-se a natureza *profissional* da disciplina, em um caldo que é também engrossado por nosso apego à “capacidade postulatória” ⁴⁰¹. Em suma, cria-se um mecanismo de resolução de disputas *incompreensível* e *inacessível* para a maior parte do estrato social.

Simbolizando esse aspecto, não há o que pudesse ser mais emblemático do que a última decisão prolatada na ação coletiva acima referida, segundo a qual são “*incabíveis*

³⁹⁹ Vide, por todos, nota 211 *supra*.

⁴⁰⁰ Cabe menção à ementa do agravo regimental em agravo de instrumento (AG nº 382.298/RS) interposto no bojo dos autos, cujo teor é explicativo: “Agravo regimental em Agravo de Instrumento. 2. Recurso Extraordinário. Ação Rescisória. 3. Ilegitimidade ativa de associação de defesa do consumidor para propor Ação Civil Pública na defesa de direitos individuais homogêneos. Matéria devidamente prequestionada. Questão relativa às condições da ação não pode ser conhecida de ofício. 4. Empréstimo compulsório sobre a aquisição de combustíveis. Qualificação dos substituídos como contribuintes. 5. Inexistência de relação de consumo entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte). 6. Precedentes do STF no sentido de que o Ministério Público não possui legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de impugnar a cobrança de tributos. 7. Da mesma forma, a associação de defesa do consumidor não tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa de contribuintes. 8. Agravo regimental provido e, desde logo, provido o recurso extraordinário, para julgar procedente a ação rescisória”.

⁴⁰¹ Vide item 6.2.

embargos infringentes de acórdão não unânime em embargos de declaração em agravo regimental em agravo de instrumento (...) que tão-somente dá provimento ao recurso extraordinário para julgar procedente a ação rescisória”. Questionar perante um grupo de sujeitos se há alguém capaz de explicá-la seria o mesmo que lhes confrontar com a posologia de determinado remédio. Em ambos os casos, o discurso *técnico* e *excludente* dá a tônica da situação.

Com a compreensão desse ambiente, chegamos a mais um aspecto em que se recomenda cautela. É que, caso não proponha uma ruptura profunda, qualquer discurso que queira conceber o *processo civil* como um campo *democrático* estará ontologicamente limitado. Trata-se de consequência direta da sua natureza *profissionalizada*, retroalimentada pela sua própria atuação; de uma escolha que não pode ser concebida como *correta* ou *natural*, impondo um preço com o qual o teórico deve arcar.

Em síntese, a construção de um discurso de *democracia* na esfera processual encontra em seu tecnicismo um gargalo que não pode ser ignorado. Os pontos entram em atrito e não dialogam entre si.

Lembrando uma vez mais a construção de Damaska, podemos dizer que nossa tentativa de caminhar em um sentido mais *cooperado* é interrompida pela metade: defende-se uma maior proximidade entre as partes e o julgador, mas mantem-se incólumes os totens do *profissionalismo* e do *discurso especializado*; fala-se em *democracia*, mas se preserva um processo complexo em que a verdadeira parte, mesmo após sucessivas manifestações de seu patrono, pode jamais ter tido sua voz ouvida. É certo que o conceito de *democracia* é polissêmico. Contudo, esse pano de fundo não parece compatível com qualquer conteúdo que lhe possa ser atualmente atribuído.

Além disso, essa natureza *representativa* faz com que haja ainda outro ponto capaz de comprometer qualquer traço *democrático* da estrutura processual. É que, além de o indivíduo ser representado em juízo por uma terceira pessoa, *nada* assegura que essa representação será desempenhada de maneira fiel ⁴⁰².

Para exemplificar a questão, pensemos na seguinte hipótese: em demanda indenizatória envolvendo “P” e “E”, são constituídos como advogados, respectivamente, “A” e “L”. Nesse sentido, imaginemos que “A” e “L” celebram termo de acordo que lhes é amplamente favorável, mas que não atende *nem* ao interesse de “E” e *nem* ao interesse de “P”.

⁴⁰² Em síntese, Resnik lembra que “in theory, lawyers serve as agents for clients. In practice, lawyers do not always inform clients of the available options and clients often rely on lawyers’ expertise and defer to their decisions”. RESNIK, Judith. Ob. cit. p.7.

Em tal circunstância, a prática seria aceitável? Como evitar esse tipo de situação?

É certo que o exemplo possui natureza extrema. Contudo, mesmo em hipóteses mais sutis a possibilidade de afastamento entre *representante* e *representado* estará *sempre* presente. Eis a importância de se notar que quem *atua* no processo *não* são as partes. Ao reconhecer essa essência, percebe-se que o risco de desalinhamento de interesses compõe a sua ordem do dia e que há aqui um *vínculo de agência* - recomendando a adoção de alternativas capazes de controlar essa situação.

Recuando um passo para elucidar o tema, a noção de “agência” encontrou uma de suas observações preliminares na obra de Berle e Means, servindo de suporte para a investigação da cisão entre “propriedade” e “poder de decisão” no âmbito societário ⁴⁰³. Mais recentemente, a questão recebeu operabilidade e contornos renovados no pensamento de Jensen e Meckling, reconhecendo-se que a delegação de poderes gerenciais entre dois indivíduos (“principal” e “agente”) tenderia a configurar uma relação de agência e a gerar riscos inerentes a essa estruturação ⁴⁰⁴.

De modo geral, o dilema residiria na potencialidade de que essa bipartição ocasionasse conflitos de interesse, impondo custos (*agency costs*) capazes de atenuar esses desvios. Em termos simples e exemplificativos: se “D” contrata “F” como administrador de sua empresa, há a expectativa de que esse “agente” aja em favor do “principal” (*in casu*, o contratante). Porém, em termos materiais esse anseio pode não se confirmar, razão pela qual caberá a “D” despender esforços para maximizar a fidelidade do contratado.

Ainda que a teoria possua desdobramentos mais complexos, suas linhas centrais clarificam os riscos inerentes à agência. Em resumo, a cisão faz com que entrem em cena

⁴⁰³ A questão foi trazida por Berle (1895-1971) e por Means (1896-1988), originalmente, em BERLE, Adolf A. MEANS, Gardiner C. *The modern corporation & private property*. New York: Harcourt, Brace & World, 1932.

⁴⁰⁴ “We define an agency relationship as a contract under which one or more persons (the principal(s)) engage another person (the agent) to perform some service on their behalf which involves delegating some decision making authority to the agent. If both parties to the relationship are utility maximizers, there is good reason to believe that the agent will not always act in the best interests of the principal. The principal can limit divergences from his interest by establishing appropriate incentives for the agent and by incurring monitoring costs designed to limit the aberrant activities of the agent. In addition in some situations it will pay the agent to expend resources (bonding costs) to guarantee that he will not take certain actions which would harm the principal or to ensure that the principal will be compensated if he does take such actions. However, it is generally impossible for the principal or the agent at zero cost to ensure that the agent will make optimal decisions from the principal’s viewpoint. In most agency relationships the principal and the agent will incur positive monitoring and bonding costs (non-pecuniary as well as pecuniary), and in addition there will be some divergence between the agent’s decisions and those decisions which would maximize the welfare of the principal. The dollar equivalent of the reduction in welfare experienced by the principal as a result of this divergence is also a cost of the agency relationship, and we refer to this latter cost as the “residual loss””. JENSEN, Michael. MECKLING, William. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. In. *Journal of financial economics*, v. 3, n.4. Amsterdam: North Holland Publishing Company, 1976. p.310.

diferentes esferas de interesses, capazes de colidir⁴⁰⁵. E o *ceticismo moderado* justifica que esse tipo de leitura seja importado para o processo civil, reconhecendo sua estrutura geométrica e procurando ampliar a *fidelidade* dos seus atores. Com efeito, veja-se que a questão não é inédita, já tendo sido observada por teóricos como Miller⁴⁰⁶ e Bone⁴⁰⁷.

Nesse sentido, cabe mais uma vez questionar: não seria possível que determinado advogado deixasse de aceitar a celebração de certo acordo, pautando-se em seu próprio interesse? Da mesma forma, não seria razoável que, diante da hipótese de parcelamento voluntário, orientasse o cliente a assumir os riscos da demanda, vislumbrando com isso obter uma melhor contratação? Não seria crível que apresentasse eventual recurso, ainda que o seu cliente estivesse propenso a se conformar com a decisão?

Embora esse tipo de hipótese não seja desejável, o mundo dos fatos não permite que se exclua de forma imediata sua ocorrência. Como exemplo, se vimos que no sistema da *class action* o papel ativo do advogado é escancarado, devemos notar que também ali isso gera diferentes ressalvas (tocando temas como a autocomposição⁴⁰⁸ e o papel do julgador⁴⁰⁹). Cria-se, assim, um novo complicador para toda tentativa de conceber o processo como “*democrático*”.

7.4. Ceticismo e sacrifícios: na contramão de um processo pródigo

Finalizando o capítulo, trazemos um último lembrete, procurando permitir uma leitura do processo mais atenta ao mundo real: a construção da disciplina impõe *sacrifícios*. Em outros termos, é necessário que ao pensar a engrenagem de resolução de disputas o seu teórico esteja disposto a fazer concessões. Apenas assim evita-se o risco de um processo *pródigo*; de uma matéria que *sempre* prometerá algo maior do que a sua capacidade de entrega.

Em nossa visão, esse argumento se sustenta a partir de duas diferentes perspectivas, que atuam em planos também distintos. A primeira delas, de natureza concreta, é consequência da própria percepção de que a atividade processual é *custosa*. Já a segunda, de

⁴⁰⁵ Ver, EISENHARDT, Kathleen M. Agency Theory: an Assessment and Review. In. *The Academy of Management Review*. v.14. New York: Academy of Management, 1989. p.57-74.

⁴⁰⁶ Nesse sentido, MILLER, Geoffrey P. Some Agency Problems in Settlement. In. *Journal of Legal Studies*. v.16. Chicago: The University of Chicago Press, 1987.

⁴⁰⁷ Ver, BONE, Robert G. *The Economics of Civil Procedure*. p.96 e ss.

⁴⁰⁸ Sobre o tema, colocando ressalvas na possibilidade de acordo (diante dos riscos de colusão) e apresentando opções restritivas relacionadas ao problema, BRONSTEEN, John. FISS, Owen. The Class Action Rule. In. *Notre Dame Law Review*. n.78. Notre Dame: University of Notre Dame, 2002.p.1443-1450.

⁴⁰⁹ Dessa forma, *passim*, CHAYES, Abram. Ob. cit..

índole discursiva, atua no campo teórico e demonstra que também ali é preciso estabelecer um filtro. Em ambas as frentes, constatamos a impossibilidade de que o processo se proponha a obter *tudo*, sob pena de não alcançar coisa alguma.

Quanto ao primeiro ponto, foi visto que a jurisdição sempre será *custosa*. Essa premissa é imprescindível, revelando que sua atuação necessariamente encontrará limites materiais. Aqui, adotamos esse mesmo pressuposto para realizar um novo alerta: para conciliar os *livros* e a *realidade*, é preciso que o processualista esteja disposto a aceitar *sacrifícios e conformações*.

De fato, não há dúvidas de que existem litígios em nosso Poder Judiciário que poderiam atrair para si toda a atenção semanal de um gabinete. Também nessa linha, poderia ser mais desejável que todas as audiências conciliatórias fossem presididas pelo próprio juiz togado, considerando sua maior assertividade sobre a relação. O raciocínio se repetiria com outros aspectos, como a possibilidade de oitiva de testemunhas por videoconferência ou a ampliação do número de magistrados. Porém, os casos possuem em comum uma mesma ponderação: a partir das nossas possibilidades materiais, o discurso teórico é *realizável*?

Ao inserir o processo civil no âmbito estatal, esse questionamento se torna irremediável, por mais que se possa debater a dimensão que lhe deve ser dada. Afinal, mesmo em temas centrais ao cotidiano de nossa comunidade, como a saúde ou a educação, há barreiras impostas pelas limitações financeiras e pelo critério de austeridade⁴¹⁰. E um processo comprometido com a sua efetividade material não pode se esquivar dessa abordagem.

Recorrendo novamente à analogia, não há como defender a construção de um palácio se os recursos disponíveis viabilizam somente uma palafita; é inidôneo exigir novas contratações de uma equipe de futebol caso seu fluxo de caixa sequer permita o pagamento da atual folha de vencimentos. Em todas as situações, ou a proposta se sujeita às curvas da realidade ou é preciso estabelecer novas vias de custeio. Porém, por estar inserido no âmbito

⁴¹⁰ Identificando a aplicação desse limitador mesmo em campos tão sensíveis à estrutura social, Gustavo Amaral destaca que “escassez, divisibilidade e homogeneidade dos meios materiais desafiam a visão igualitária do tratamento igual para todos. O postulado igualitário de oferecer tudo a todos, como na França, onde há a admissão universal no jardim de infância, pode levar a um custo infactível, se, por exemplo, forem exigidos os padrões noruegueses de relação professor e área por criança. Dilema similar podemos ver no Brasil, onde há um sistema público de educação que se expande para chegar à universalidade, mas com padrão inferior ao necessário para dar aos alunos igualdade de oportunidades” (p.134-135). Do mesmo modo, em relação à saúde, o autor lembra que essas barreiras também se impõem, “mesmo que não houvesse restrições financeiras, haveria necessidade da adoção de critérios de escolha, de alocação de recursos, na distribuição de recursos médicos, mesmo aqueles necessários ao salvamento de vidas. Todo desenvolvimento tecnológico é seguido por um extenso período no qual o tratamento é escasso”, criando um novo critério para a análise do administrador. Assim, AMARAL, Gustavo. Ob. cit. p.134-135 e p.145.

público, o processo civil possui essa segunda via majoritariamente bloqueada.

Nessa medida, o discurso da “reserva do possível”, construído no âmbito constitucional, possui incontestável aplicação no campo do processo ⁴¹¹. Não há como defender de forma simplista a oferta universal de todo e qualquer medicamento, sob pena de se criar um ônus ineficaz. Da mesma forma, a realidade brasileira não permite que o ensino superior seja pública e gratuitamente oferecido a todos, como reconhecido pela própria Constituição. E é assim também com a resolução de disputas, incorporando mais um elemento a ser pensado na sua composição ⁴¹².

Ao lado desse aspecto, entretanto, acreditamos que o direito processual exige ainda *concessões* de outra natureza. É que os riscos de que se atribua a ele um conteúdo pródigo também parecem atingir a sua construção *teórica*. Nessas circunstâncias, imputa-se à disciplina parâmetros e objetivos que não dialogam entre si, impedindo que sua atuação seja adequada em qualquer das propostas.

Simbolizando esse segundo nível, tomamos aqui como exemplo a defesa de que o processo se preste simultaneamente à “celeridade” e à “plenitude de contraditório”. Essa possível conjugação, além de ser comum em doutrina, é estampada no nosso novo Código de Processo Civil. E a sua existência aparentemente revela uma incapacidade de formular escolhas teóricas, e de arcar com o preço que elas impõem.

Compreendendo a questão, soa pouco viável que o processo possa assumir maior agilidade sem que o julgador esteja apto a conduzir ativamente sua tramitação. É assim que seria recomendado, por exemplo, evitar condutas de resultado inútil. Se alguém está convencido de que determinado desenho é vermelho, inexistindo o que possa alterar sua imagem, não seria materialmente produtivo exigir que ouvisse a opinião de outros sujeitos a

⁴¹¹ Explicando a questão, Ingo Sarlet pontua que esse cânone se materializaria por meio de “pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade os direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional”. SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit. p.287-288.

⁴¹² Afinal, como sintetiza Ana Paula de Barcellos, “é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo”. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.237.

respeito desse aspecto. Da mesma forma, se o magistrado entende de maneira cabal que é *absolutamente incompetente* para apreciar determinada demanda, não haveria eficiência aparente em obrigá-lo a ouvir as partes antes de declarar essa conclusão. Ao amparar-se em um juízo de celeridade, seria essa a lógica mais recomendada.

Por outro lado, ao eleger o cânone do “contraditório estendido” como pilar a ser protegido, a postura acima deveria ser evitada. Aqui, oportunizar às partes que se manifestassem sobre qualquer aspecto seria a única alternativa aceitável, pouco importando a clareza do fato ou o *animus* do julgador. Por mais que essa abertura dilatasse o tempo necessário para a resolução da lide, o nosso ambiente constitucional não permitiria que ela fosse afastada.

Colocando as coisas lado a lado, o *approach* moderadamente *cético* demonstra que, entre os posicionamentos acima, não há qualquer um que possa se impor como *absoluto* ou *correto*. Entretanto, o que nos parece *equivocado* é tentar *conciliá-los* sem concessões. Entre os *meios* ou os *resultados*, consideramos legítimo que o teórico se incline para qualquer uma das pontas, mas não que sustente sua plena conjugação. Defender o “contraditório pleno” é reduzir a celeridade, e vice-e-versa⁴¹³. Toda escolha trará consigo um preço, cabendo ao estudioso reconhecê-lo e assumir sua quitação.

Para esclarecer os efeitos negativos dessa postura harmonizadora, trazemos como exemplo o texto de nosso atual microssistema de processo coletivo. É que, conforme exposto em outra oportunidade, *não existe* possibilidade de que um modelo efetivo de coletivização de interesses seja conjugado com a participação pessoal em juízo⁴¹⁴. A tentativa é logicamente

⁴¹³ Conforme já reconhecido por Ovídio Baptista da Silva, “ou o processo penaliza o demandante, onerando-o com todo o custo derivado do tempo a ser percorrido até a solução final da *lide*, de modo a assegurar que o resultado do processo corresponda, tanto quanto possível, a um juízo de justiça e certeza; ou, ao contrário, aceitando o legislador a premissa de que nem todas as pretensões e exigências sociais têm a mesma dignidade política, ou carecem de uma idêntica premência de realização imediata, acaba distinguindo determinadas pretensões, concedendo-lhes, no plano do processo, uma situação privilegiada, de modo que entre as duas polaridades inerentes ao fenômeno jurídico, que são a exigência de justiça e segurança, de um lado, e a *efetividade* dos direitos proclamados pelo legislador, de outro, a opção se faça para que esta última expectativa seja alcançada à custa do sacrifício, agora não mais do demandante (...), e sim ao demandado”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. A “Plenitude de Defesa” no Processo Civil. In. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p.155.

⁴¹⁴ “A análise de nosso microssistema revela que o entrave central para a coletivização no direito brasileiro não é apenas normativo. Pelo contrário, identificamos em sua base dois dados culturais anteriores à legislação e responsáveis por condicionar o seu conteúdo: o pensamento individualista liberal e a consequente crença de que o processo não pode tocar o sujeito sem a sua manifestação de vontade (...) há como fundo a tentativa de manter o interesse individual material e as garantias processuais individuais incólumes, não permitindo que o indivíduo seja prejudicado ou mesmo diretamente beneficiado pela ação coletiva sem que adote qualquer forma de impulso. Como se vê, a preocupação é exatamente a mesma que anteriormente afirmamos ter sido responsável pelo desenvolvimento da visão material dos “direitos individuais homogêneos” como categoria autônoma de interesse. Procura-se compatibilizar a técnica de coletivização e o processo civil liberal. Com isto, porém, cria-se

impossível, pois os principais benefícios da aglutinação passam exatamente pela *vinculação* de todo o grupo à decisão coletiva ⁴¹⁵. Há, assim, um problema a ser enfrentado: ou se abdica da tutela coletiva, ou se abre mão de uma visão individualista do processo ⁴¹⁶.

Entretanto, em razão conciliatória, nosso ordenamento procura sucessivamente se esquivar desse debate. É assim com a chamada “coisa julgada *secundum eventum litis*” ⁴¹⁷. Também, com o conceito de “direitos individuais homogêneos” ou com a alegação de que a sua proteção deveria se submeter a um modelo bifásico ⁴¹⁸. Da mesma forma, é essa a inclinação percebida na recente positivação de um incidente voltado à resolução de demandas repetitivas, pois também ali a oferta de tutela é condicionada a um impulso subjetivo. Em todos os casos, procura-se evitar qualquer espécie de sacrifício à participação individual. No mundo dos fatos, porém, o resultado é um só: a ausência de efetividade.

Configura-se, desse modo, mais um vetor para a análise do processo. De um lado, é preciso compreender que qualquer escolha adotada na estruturação da disciplina traz consigo um preço, e que a escassez material faz com que nem todos sejam suportáveis. De outro, devemos notar que esse tipo de sacrifício também atinge o plano teórico, impondo que o tema seja pensado com um constante lastro de coerência. Em síntese, não há como seriamente prometer *tudo*. Qualquer hipótese relacionada ao direito processual civil tem que ser confrontada com esse dado.

um claro imbróglio à funcionalidade do instrumento”. OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. p.133-134.

⁴¹⁵ “Tendo em vista que são traços marcantes às vantagens desejadas com a coletivização assegurar a igualdade entre os jurisdicionados e gerir de maneira mais adequada a prestação jurisdicional, é basal ao seu uso que o mecanismo possa se impor como uma técnica que evite a ampla rediscussão do tema pelos membros da classe. Para tanto, porém, é preciso que a decisão vincule também os sujeito que não atuaram em juízo. Eis o embate central da matéria: sujeitar um indivíduo que não participou pessoalmente do processo à imutabilidade e à aplicabilidade da sua decisão”. Idem. p.134-135.

⁴¹⁶ “Conclui-se assim que a efetividade da aglutinação estará diretamente relacionada à conformação que lhe seja dada diante dos valores individuais do processo, sendo esse o aspecto determinante de sua construção procedimental. Conferindo-se primazia à mentalidade liberal, é improvável que a tutela coletiva de direitos alcance adequadamente qualquer das suas finalidades. Porém, privilegiando-se a coletivização, é também preciso aceitar as reinterpretações estruturais que ela pressupõe”. Idem. p.137-138.

⁴¹⁷ “A lógica da coisa julgada *secundum eventum litis* é emblemática desta mentalidade, pois sua origem e sua função possuem como elemento implícito (mas de obviedade patente) a tentativa de inviabilizar que o sujeito tenha seu interesse material “prejudicado” sem a sua participação pessoal no litígio. É este item que faz com que se sustente que subordinar o indivíduo a uma preclusão coletiva desfavorável, sem que tenha atuado em juízo, romperia com a principiologia de nosso direito processual. Em suma, levantam-se dados como o “direito de ação” e o “devido processo legal” para indicar que um sistema de imutabilidade individual e coletiva pro et contra conflitaria com “direitos processuais individuais”. Idem. p. 133-134.

⁴¹⁸ “Mesmo argumento é por vezes utilizado para inviabilizar até mesmo a tutela de um interesse individual sem que seu titular manifeste explicitamente a vontade na proteção, culminando na defesa do modelo bifásico composto pela sentença condenatória genérica e pelas sucessivas liquidações individuais. A presunção, pautada em um voluntarismo que entendemos desatento à realidade fática (especialmente em um país como o nosso) é clara: não havendo pedido, não há interesse na tutela. Ato contínuo, o acesso à justiça compulsório que um sistema de coletivização eficaz poderia trazer é prontamente obstado”. Idem. ibidem.

**IV PARTE – RECONSTRUINDO OS PILARES:
O PANPROCESSUALISMO E O PROCESSO POSSÍVEL**

8. Panproporcionalidade e suficiência: costurando um processo possível

Nas partes anteriores do estudo, percorremos um caminho que vai do questionamento à fixação de novos pressupostos; da desconstrução à exposição de premissas para que o processo civil se aproxime da realidade. Foi com esse propósito que, em um primeiro momento, demonstramos os benefícios trazidos pela abordagem ali descrita como *ceticismo moderado*. E foi também assim que trouxemos na sequência limitações que nos parecem intrínsecas ao processo, não podendo ser desprezadas.

Partindo desse percurso, chegamos à última parte da tese. Aqui, pretendemos expor uma *alternativa* possivelmente capaz de contribuir para o aprimoramento da jurisdição brasileira, adequando-a às suas circunstâncias concretas: a perspectiva *panprocessual*. Em nossa visão, a adoção desse pilar pode representar uma importante opção para o processo, fazendo com que a disciplina assuma faces mais efetivas e viáveis.

Como não poderia deixar de ocorrer, não propomos que essa válvula de escape seja lida com olhares absolutos, sob pena de incorrerem em contradição. A fixação do *ceticismo moderado* como baliza faz com que também o raciocínio aqui trazido esteja sujeito a esse crivo, impondo que o seu uso seja lido a partir de um ajuste entre *premissas, possibilidades e funções*.

De toda sorte, por não partirmos de um *ceticismo absoluto*, a apresentação dessa via parece relevante. Se os limites da realidade estão no *ponto-cego* do processualista, consideramos que essa nova lógica pode iluminar essas questões. É a esse fim que o atual capítulo se presta.

8.1. A insuficiência do ferramental ortodoxo e o aporte panprocessual

Nesse sentido, o raciocínio elaborado até aqui demonstrou que o atual contexto do processo civil é marcado pela complexidade de limites e de possibilidades. Ao mesmo tempo em que diferentes atividades e expectativas são imputadas à disciplina, é preciso conformá-la às barreiras da realidade e à exigência de coerência teórica. Apenas desse modo se pode evitar a inefetividade, perseguindo uma verdadeira concretude material.

Ocorre que, para a realização desse trabalho interpretativo (em que se inserem aspectos como a estruturação das instituições judiciárias e a alocação de seus recursos), consideramos que os discursos do jurista não são suficientes. Em nossa visão, a melhoria pressupõe que se procurem novos instrumentos, estranhos a uma racionalidade *ortodoxa* e

tradicional. E é dessa forma que acreditamos que o processo *não deve ser apenas jurídico*. A sua maior abertura se torna uma premissa necessária, observando de forma atenta o ambiente em que se encontra e emprestando ferramentas e métodos desenvolvidos em outros campos.

Com esse escopo, cabe ressaltar novamente a importância de se que destinem olhares mais detidos à *gestão* do Poder Judiciário. E essa avaliação, embora umbilicalmente relacionada à possibilidade de atuação do processo, escapa de qualquer análise limitada à racionalidade jurídica; embora a administração das instituições jurisdicionais impacte a nossa capacidade de concretizar o Direito, o Direito é incapaz de dar conta autonomamente dessa questão ⁴¹⁹. Uma vez mais, recomenda-se um juízo de *humildade*.

Essa preocupação é reforçada ao recordamos a *escassez de recursos* que é ínsita à Administração Pública e a natureza *custosa* que é inerente à aplicação jurisdicional. Concebendo um Poder Judiciário comprometido com a efetivação dos valores públicos e da deontologia constitucional, não há viabilidade em defender seriamente um projeto de consolidação de seus objetivos sem que se pense sua estrutura em termos de gestão. Questões como metas qualitativas, *stands* de eficiência, medidas de responsabilização e válvulas de controle devem necessariamente ingressar no debate relacionado à jurisdição e ao seu exercício ⁴²⁰.

Entretanto, a utilização desse arcabouço ainda é limitada na nossa realidade. Por mais que em doutrina estrangeira seja possível identificar obras relacionadas especificamente a essa questão ⁴²¹, o seu manejo na academia brasileira não raramente se mostra insuficiente. E isso repercute na prática, culminando na adoção de medidas que não nos parecem dar conta de todo o problema.

⁴¹⁹ Observando a importância deste tópico, Kornhausen destaca que “economic analyses of substantive legal rules generally suppress the adjudication of factual and legal disputes that a legal rule might engender. The nature of adjudication, however, will influence greatly both the content of the substantive law and the costs of dispute resolution. An understanding of the structure of adjudication is thus central to an understanding of the effects of legal rules on behavior and on the identification of socially desirable legal rules. In addition, adjudication is a complex task implemented through institutions that vary across time and jurisdiction. The structure of adjudication and questions of judicial organization and administration thus present a rich field of study in their own right”. KORNHAUSEN, Lewis A. Ob. cit. p.308 e ss.

⁴²⁰ Veja-se, aliás, que a defesa desse tipo de postulado não é novidade no setor público. Pelo contrário, trata-se de questões que foram largamente trazidas e debatidas ao longo das últimas décadas, ensejando inúmeras propostas e levando à própria formulação da “Nova Gestão Pública” (“*new public management*”). É certo que esse discurso se apresenta a partir de diferentes formulações, e que, mesmo seus elementos gerais, são regularmente colocados em discussão. De todo modo, é certo que essa preocupação já vem dando das cartas há algum tempo no âmbito administrativo, cabendo à esfera judiciária compreender o problema e analisar suas potenciais saídas e campos de aplicação (em um fenômeno que obrigatoriamente impacta o processo). Sobre o tema ver, em linhas gerais, VILLANUEVA, Luis F. Aguilar. Ob. cit. Também, BARZELAY, Michael. *The new public management: improving research and policy dialogue*. Los Angeles: University of California Press, 2001.

⁴²¹ Nesse sentido, por todos, POSNER, Richard A. *The Federal Courts – challenges and reforms*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

Abreviando, ao perseguir um aprimoramento do processo é preciso colocar em pauta suas condições estruturais, aproximando os *livros* e a *prática*. Desse modo, para cada proposta teórica trazida ao tema, torna-se necessário um confronto material. Ao cogitar uma ampliação das audiências prévias, como feito pelo novo Código de Processo Civil, leva-se em consideração a capacidade institucional de absorver essa demanda? A nossa proporção de magistrados por processo é compatível com o comportamento colaborativo que se quer lhes impor? Indagações como essa devem ser inseridas na pauta, criando um novo nível de ponderação.

Compreendido esse dado, vemos ainda que outro aporte que pode beneficiar o estudo do processo é fornecido pelo campo da economia. Também aqui, há uma racionalidade valiosa para a prestação jurisdicional, ciente de seus *limites* e de suas *possibilidades*. Entram em cena aspectos como o exame dos *payoffs* que movem seus agentes ou o próprio vínculo de agência existente em cada relação. Da mesma forma, abre-se espaço para que a disciplina seja compreendida em uma perspectiva mais *macro* e *objetiva*, identificando aspectos como o seu potencial para a alteração comportamental e para a realocação de recursos ⁴²². E, em temas como a tutela coletiva, esse argumento é decisivo ⁴²³.

⁴²² Nas palavras de Cooter e Ulen, “we can say that economics provides a behavioral theory to predict how people respond to changes in law. This theory surpasses intuition, just as science surpasses common sense. In addition to a scientific theory of behavior, economics provides a useful normative standard for evaluating law and policy. Laws are not just arcane technical arguments; they are instruments for achieving important social goals. In order to know the effects of laws on those goals, judges and other lawmakers must have a method of evaluating laws’ effects on important social values. Economics predicts the effects of policies on efficiency (...) besides efficiency, economics predicts the effects of policies on another important value: *distribution*”. No mesmo sentido, investigando a questão na academia brasileira, Luciano Timm assim pontua: “por que o Direito deveria dialogar e se aproximar da Economia? Brevemente, em primeiro lugar, porque a Economia é a ciência que descreve de maneira suficientemente adequada o comportamento dos seres humanos em interação no mercado, que é tão importante para a vida real em sociedade. Em segundo lugar, porque a economia é uma ciência comportamental que atingiu respeitável e considerável padrão científico, sendo hoje umas das grandes estrelas dentre as ciências sociais aplicadas pelo grau de comprovação matemático e econométrico dos seus modelos. Em terceiro lugar, a Ciência Econômica preocupa-se com a eficiência do manejo dos recursos sociais escassos para atender ilimitadas necessidades humanas – que é um problema-chave quando se falam de direitos sociais ou mais genericamente fundamentais”. COOTER, Robert. ULEN, THOMAS. Ob. cit. p. 03-04. TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In. TIMM, Luciano Benetti. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.54..

⁴²³ Analisando as *class actions*, e especialmente aquelas de pequeno valor, Gilles e Friedman chegam a sustentar que esse impacto amplo seria o principal benefício da técnica, imputando a ela papel dissuasivo. Em suas palavras “the primary goal in small-claims class actions is deterrence, and that the only question we should ask with respect to any rule or reform proposal in this area is whether it promotes or optimizes deterrence. Once we abandon our obsession with agency costs and windfall fees, discard our compensationalist lenses, and pledge fealty to the one true value of compelling corporate defendants to internalize the social costs of their actions, everything takes on a new light. An examination of some of the hot-button issues in the class action arena bears this out”. Também com esse viés macro, Richard Posner concebe a tutela coletiva como um mecanismo orientado precipuamente à redistribuição de recursos, cujo conteúdo impediria que o réu serial se beneficiasse com seu ilícito. Assim, “the most important point, on an economic analysis, is that the violator be confronted with the costs of his violation – this achieve the allocative purpose of the suit – not that he pay them to his

Essa contribuição vem sendo gradativamente percebida pelo jurista, levando à formulação de postulados como o da *análise econômica do Direito* ⁴²⁴. Nessa linha, criam-se novas possibilidades para o campo jurídico, dilatando sua mentalidade e instituindo alternativas que fogem de seu discurso tradicional. Confere-se ao tema maior lastro material e atam-se as pontas entre o seu ideário acadêmico e a sua vivência cotidiana ⁴²⁵.

Ocorre que, em nossa visão, o processualista brasileiro ainda não se enquadrou plenamente nesse contexto. Por mais que no direito comparado existam importantes observações do processo formuladas a partir das premissas da economia, havendo quem dedique atenção detalhada a essa relação, o aspecto é pouco observado pela nossa academia. Salvo exceções pontuais, desconsidera-se esse importante aspecto da disciplina, deixando de lado os seus benefícios. Com isso, abdica-se de um percurso que poderia contribuir de forma decisiva para a sua efetividade ⁴²⁶.

Em alguma medida, é possível que a timidez relacionada a esse item tenha origem na incorreta compreensão de que a influência da economia importaria na submissão do processo a finalidades pautadas unicamente na eficiência. Não se trata, porém, do que aqui se sustenta, seja pelo atrito com os escopos hoje imputados à jurisdição, seja porque a eventual vinculação exclusiva do jurista a um critério econômico não é compatível com o texto constitucional de 1988 ⁴²⁷. Com efeito, o que se defende é que o suporte oferecido pela economia seja

victim". GILLES, Myriam; FRIEDMAN, Gary B. Exploding the Class Action Agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers. *University of Pennsylvania Law Review*. n. 155. Philadelphia: University of Pennsylvania, 2006. p.139. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 2 ed. Boston: Little, Brown and Company, 1977. p.449-450.

⁴²⁴ Assim, *passim*, POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*.

⁴²⁵ Assim, *passim*, ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (org.). *Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. Também, SALAMA, Bruno Meyerhof. *O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil: História, Direito e Economia*. São Paulo: Malheiros, 2014. TIMM, Luciano Benetti (coord.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. Do mesmo autor, e com foco específico no direito processual civil, ver TIMM, Luciano Benetti. TRINDADE, Manoel Gonçalves. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores sob a ótica da *law and economics*. In. *Revista de Processo*. n.178. São Paulo: Ed. RT, 2009. TIMM, Luciano Benetti. MACHADO, Rafael Bicca. Direito, Economia e Processo Civil: algumas observações por ocasião da aprovação da Lei 11.232/2005. In. COSTA, Fábio Nogueira. PISSURNO, Marco Antônio Ribas. (org.) *Estudos sobre as últimas reformas do Código de Processo Civil*. Campo Grande: Instituto de Estudos Jurídicos, 2007.

⁴²⁶ Como exemplo, veja-se que em estudo realizado na última década verificou-se que um percentual reduzido de magistrados pondera sobre os efeitos econômicos de sua decisão, conferindo-se supremacia a uma improvável “subsunção” legal. E nesses termos, por mais que bem intencionado, o jurista estará sempre flertando com a injustiça e com o prejuízo à comunidade. Essas dimensões só podem ser lidas sob um viés *macro*, sendo perdidas quando ele é propositalmente deixado de lado. Ver, SADEK, Maria Tereza. (coord.) *Magistrados – Uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.47-49.

⁴²⁷ Isso se dá, inicialmente, porque não se está a propor que o estudo adote como guia mestra uma verdadeira análise econômica do processo, mas que seja reconhecida a relevância da Economia e de seu ferramental – assim como dos impactos e efeitos econômicos do processo – na composição da releitura do exercício jurisdicional. Contudo, mesmo que assim não fosse a crítica seria insubsistente, como demonstra-se em FARACO, Alexandre

considerado na composição das instituições processuais, não como único aspecto, mas como um relevante ferramental. Esse diálogo pode ser valioso para o processualista, justificando que se desmistifique o preconceito e encorajando o uso desse novo arsenal de métodos e de postulados ⁴²⁸.

Em síntese, a abertura ao pensamento econômico, em um processo comprometido com suas finalidades e ciente de suas limitações, é fortemente recomendada. Aspectos como os custos que desencorajam o cidadão a ingressar em juízo ou os impactos da atuação jurisdicional não podem ser negligenciados, cabendo ao processualista envidar esforços para melhor explorá-los.

Prosseguindo nessa linha, acreditamos que a atuação adequada do direito processual também pressupõe uma análise detalhada do *ambiente* em que está inserido. Sua construção cultural e contextual impede que a disciplina seja lida de maneira encastelada, impondo seu reconhecimento como peça de um jogo maior. E também aqui o argumento tradicional do jurista é insuficiente, encontrando limites na própria formatação normalmente conferida ao seu objeto de exame.

Sendo o processo uma realidade *cultural*, é possível apreendê-lo sem que se leve em conta a *cultura* em que ele se insere? Considerando sua inserção na estrutura estatal, como verificar suas possibilidades sem ter em mente a figura *macro* do próprio Estado? É crível que se construa um processo capaz de atingir maior efetividade material, sem que sua composição possua um constante diálogo com a realidade?

As indagações demonstram a importância de que o estudo da matéria tenha os seus horizontes dilatados, trazendo-se novos temperos ao caldo. E é precisamente aqui, partindo desses aspectos, que sustentamos a importância de que a discipline se valha de um juízo *amplo*, fundado em um argumento *panprocessual*. Embora a questão não seja inteiramente inédita, o seu diálogo com o *ceticismo moderado* parece trazer uma importante peça ao tabuleiro.

Em linhas gerais, essa ideia possui como cerne um ponto específico: o processo civil

Ditzel. SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. In. *Revista de Direito Público da Econômica – RDPE*. Ano 3, n.9.. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p.27-60

⁴²⁸ A utilização da Análise Econômica do Direito como importante instrumental a ser manejado pelo operador do Direito, como salientado por Faraco e Muniz Santos, não se propõe a “advogar a substituição de valores plasmados em dispositivos constitucionais e legais por um critério de eficiência, lido à luz da escola econômica neoclássica, especialmente a de Chicago” (p.58). Contudo, essa constatação não esvazia sua relevância, compreendendo que “não se trata de subordinar o direito a um critério de eficiência, e, com esse intuito, propor uma justificativa enquanto eficiência, mas de compreender que, em alguns casos, a não percepção de aspectos que podem ser formalizados e compreendidos a partir da teoria econômica, acaba por levar a um resultado hermenêutico incompatível com o que dispunha a nora ou incapaz de realmente equacionar o conflito social considerado” (p.47). Idem.

jamais pode ser pensado tendo como base um único conflito isoladamente considerado. Seja na atividade judicatória ou na atuação legislativa, torna-se preciso ponderar sobre a capacidade institucional do Poder Judiciário, investigando ainda os elementos culturais e políticos que permeiam a jurisdição ⁴²⁹. Entram em cena questões como a necessidade de que o tempo destinado a cada processo não comprometa a apreciação dos demais, readequando a disciplina a partir de um critério de *proporcionalidade* que extrapola a mera análise do caso concreto ⁴³⁰. Seria a partir dele que suas instituições poderiam melhor se equalizar.

Esse tipo de pensamento, já exposto em outra ocasião ⁴³¹, possui forte inspiração na legislação processual civil inglesa, que prevê de maneira expressa boa parte de seu alicerce. Isso porque, de início, clarifica-se nas *Civil Procedure Rules* que suas disposições possuem como objetivo propiciar aos Tribunais “a apreciação do caso com justiça”, assumindo caráter instrumental ⁴³². Após, a legislação descreve o que seria “apreciar o caso com justiça”, destacando que uma atuação desta natureza imporia ao Tribunal, dentro do possível: (a) assegurar a igualdade de condição entre as partes; (b) economizar em seus gastos; (c) apreciar o litígio de maneira *proporcional*: (i) à quantia monetária envolvida; (ii) à importância do caso; (iii) à complexidade de suas questões; e (iv) à posição econômica de cada parte; (d) assegurar o manejo processual de forma justa e sem embaraços; e (e) alocar no processo uma parcela apropriada dos recursos do Tribunal, tendo em vista os recursos necessários para os demais casos ⁴³³.

⁴²⁹ Ver assim, *passim*, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*.

⁴³⁰ Apresentando a questão, destacou-se que “this base of analysis and the associated macro perspective are clearly in harmony with the requirements of the complexity of contemporary civil litigation. In this context, the pan-procedural approach collaborates in the modulation of adjudication in a way that observes the whole picture of the judiciary, highlighting its barriers and providing an isonomic distribution of procedural activity among all the cases waiting for an answer. The design suggests that, once this approach is adopted, each case stops being seen as a single piece, and the puzzle is understood from a global perspective. A natural consequence of this is that, considering the limits of the public budget, the efforts provided in a case should be harmonised with the institutional efficacy of the judiciary. Each case should be treated equally, setting a new requirement based on parameters of necessity, adequacy and proportionality. Thus, every answer and every collision of fundamental rights starts to be seen in another plane: the macroscopic plane”. ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the ‘pan-procedural’ approach: some bases of contemporary civil litigation. In. *International Journal of Procedural Law*. n.4. Cambridge: Intersentia, 2014. p.199.

⁴³¹ Nesse sentido, afirmou-se que “we believe that proportionality can also be used as a tool of *judicial* management. From this perspective, such a principle could be seen as an interpretative element capable of collaborating to solve the puzzles of contemporary civil litigation observed in the previous section. In the challenge occasioned by its functions and its material restraints, we believe that this approach can contribute both in an “endo-procedural” side (as more commonly noted) and, especially, in what we call the “pan-procedural” one”. Idem. p.196.

⁴³² A legislação processual inglesa assim preceitua no *caput* de seu artigo primeiro: 1.1—(1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly.”

⁴³³ “(2) Dealing with a case justly includes, so far as is practicable: (a)ensuring that the parties are on an equal footing; (b)saving expense; (c)dealing with the case in ways which are proportionate: (i)to the amount of money involved; (ii)to the importance of the case; (iii)to the complexity of the issues; and (iv)to the financial

Dessa forma, conforme notado por Ragone ⁴³⁴, o texto adota como premissa a necessidade de que o processo mantenha um lastro constante com sua viabilidade material - percebendo a inutilidade de um discurso teórico cuja prática é infactível e caminhando em um sentido próximo àquele aqui proposto ⁴³⁵. A ideia de *proporcionalidade* se coloca como pedra-de-toque e assume protagonismo ⁴³⁶. A questão é esclarecida por Adrian Zuckerman, demonstrando sua importância para que se pense em uma prestação jurisdicional verdadeiramente efetiva ⁴³⁷.

Afinal, é adequado que o magistrado não possua o controle integrado dos litígios que se situam sob seu exercício jurisdicional? É viável que ofereça igual dedicação a todos os casos? Pode-se cogitar uma reforma normativa no processo sem colocar em tela sua capacidade material? O preparo dos agentes não deve ser considerado? Como compor essa série de vetores?

É ao confrontar esse tipo de argumento, e procurar satisfazê-lo da melhor maneira possível, que o discurso *panprocessual* se forma. Reconhecendo a insuficiência da mentalidade jurídica ortodoxa e de seus instrumentais, essa nova guia interpretativa pode contribuir com o projeto de readaptação da disciplina. Redimensiona-se a sua linguagem e

position of each party; (d)ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; and (e) allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases".

⁴³⁴ "Si analizamos la regla primera de las Civil Procedure Rules inglesas puede identificarse un postulado teleológico y referencias instrumentales, es decir para qué sirven estas reglas y cómo lograr los objetivos enunciados. Lo primero es brindar un tratamiento a los casos de manera justa y proporcional a su costo (fines). Lo segundo implica que deben tenerse en cuenta para el tratamiento según criterios de justicia y proporcionalidad: la igualdad de las partes en el proceso, el costo (financiero, temporal) y las condiciones de las partes para abordarlo, la importancia como complejidad de los temas que comprende, la proporcional asignación de recursos y energías para el caso (medios). Esta asignación de recursos no está solo focalizada para un proceso actual a ser conocido por un tribunal, sino que debiera tener en cuenta que hay y habrán otros casos que requerirán la infraestructura y recursos humanos del poder judicial". RAGONE, Álvaro Pérez. La revalorización de la audiencia preliminar o preparatoria: una mirada desde la justicia distributiva en el proceso civil. p.05-06 da versão digital.

⁴³⁵ Sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade ao direito processual civil, e sua matriz na legislação inglesa, CAPONI, Remo. *O princípio da proporcionalidade na justiça civil*. p.405-406.

⁴³⁶ "La proporcionalidad, es un aspecto realmente novedoso como faro orientador de la justicia civil, ya no se admite que solo y necesariamente deba arribarse a una decisión correcta a cualquier costo, incluso del derecho de la parte cuya tutela se solicita (y es otorgada tardía o insuficientemente). La proporcionalidad no exige precisión y se aplica al menos a dos dimensiones: (i) a las partes en tanto La revalorización de la audiencia preliminar o preparatoria: una mirada desde la justicia distributiva en el proceso civil amplía el horizonte de acceso a la justicia y poder transitar en ella con costos adecuados y en un tiempo razonable ; (ii) en relación al tribunal que debe considerar un caso actual y los recursos a él asignados contextualizándolo dentro de otros casos que deberá de futuro conocer y decidir "considerar la cantidad de recursos gastados en cada caso haya en la necesidad de asegurar que los recursos judiciales apropiados están disponibles para otros litigantes"". RAGONE, Álvaro Pérez. La revalorización de la audiencia preliminar o preparatoria: una mirada desde la justicia distributiva en el proceso civil. p.06-07 da versão digital.

⁴³⁷ ZUCKERMAN, Adrian. A Reform of Civil Procedure - Rationing Procedure Rather than Access to Justice. In. *Journal of Law and Society*. n.22. Cardiff: Cardiff Law School, 1995.

reconstrói-se seu sentido, percebendo a teia mais ampla em que ela está situada ⁴³⁸.

8.2. *Proporcionalidade panprocessual e suficiência: à procura de novos critérios*

Feita essa primeira exposição, é preciso recuar brevemente para conferir maior clareza ao problema: quais as bases centrais trazidas por esse juízo panprocessual? Em que sentido, e sob qual dimensão, ele dialoga com a ideia de proporcionalidade? Que tipo de carga axiológica poderia influenciar (e fundamentar) essa questão?

Dando esse passo atrás, podemos estabelecer que a noção de *proporcionalidade* não é nova para o processo. Pelo contrário, trata-se de questão inserida em seu léxico cotidiano, servindo regularmente como bússola para seus agentes e para a condução da matéria. É assim que, ao dispor sobre a aplicação de determinada regra, é comum que o julgador verifique se sua incidência possui dimensão *proporcional*; do mesmo modo, ao verificar a possibilidade de que determinado direito seja ou não casuisticamente garantido, é corriqueiro que a aferição de sua *proporcionalidade* sirva como filtro essencial.

Dessa forma, em todos esses casos a atuação do processo coloca tal parâmetro como peça-chave. É certo que isso nem sempre se dá de forma técnica, como percebido por Virgílio Afonso da Silva ⁴³⁹. De toda sorte, o mais importante aqui é perceber que, nessas hipóteses, o recurso à *proporcionalidade* costuma se situar no plano do *direito material*; trata-se de um

⁴³⁸ Nesse particular, é preciso que o magistrado efetivamente pondere a série de aspectos postos em jogo para que, apenas assim, possa deliberar do modo mais acertado possível, não evitando que a justiça do caso se subverta em injustiça global. Nesta linha, parece recomendável que assuma primeiramente seu papel *político*, na medida em que, conforme bem descreve Richard Posner ao tratar da magistratura norte-americana, “there is a pronounced political element in the decisions of American judges (...) judging is political (...) even if judges wanted to forswear any legislative, any political, role and be merely the “oracles” of the law, transmitting directives rather than directing, they could not do so in the condition they found themselves”. Nesta linha, se é objetivo do processo a consecução de uma “reforma estrutural” é preciso que haja uma releitura da atividade judicatória como aquela proposta por Owen Fiss, cujo pensamento sinaliza que “courts should not be viewed in isolation but as coordinate source of government power”, buscando sua legitimidade em uma inserção ampla na comunidade. Cita-se, POSNER, Richard A. *How Judges Think*. p.368-371. FISS, Owen. *The Law as it could be*. New York: New York University Press, 2003. p.54.

⁴³⁹ Nas palavras do autor, “quando se fala, em um discurso jurídico, em princípio da razoabilidade ou em princípio ou regra da proporcionalidade, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos”. Neste sentido, poder-se-ia destacar que “a regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes - a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito - que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade”. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In. *Revista dos Tribunais*. n.798. São Paulo: Ed. RT, 2002. p.23 e ss.

critério que (com maior ou menor densidade) condiciona a *solução* a ser dada ao caso, e não o processo em si.

Exemplificando o que se expõe, pensemos em uma hipótese na qual é hoje comum que nossos Tribunais recorram ao argumento em pauta. Para tanto, imaginemos que “X”, conhecido político brasileiro, toma conhecimento de que o periódico semanal “Y” irá veicular notícia relacionada à sua vida pessoal que viola sua honra. Sendo esse o cenário, suponhamos que “X” vislumbra impedir a publicação da matéria, razão pela qual ingressa em juízo com medida inibitória incumbida desse fim.

Nessa situação, entraria em cena um conflito inadiável entre princípios: de um lado, a liberdade de imprensa daria as cores do quadro; de outro, o direito à privacidade de “X” ocuparia o palco⁴⁴⁰. Em tal circunstância, seria bastante provável que em dado momento se recorresse à *proporcionalidade* (de modo técnico ou não): a restrição à possibilidade de comunicação seria *proporcional*? Seria *necessário* e *adequado* que esse cerceamento se materializasse?

Em qualquer dos casos, todavia, o que se vê é que a aplicação do critério atingiria apenas a própria prestação material; a interferência a ser trazida ao mundo concreto e ao seu plexo de posições. Nesses termos, *não* se questionaria se o *procedimento* construído para esse fim seria *proporcional* ou se os *meios* empregados disporiam desse atributo. E seria exatamente aqui que o raciocínio *panprocessual* encontraria o seu primeiro ponto de apoio. Com efeito, o processo deixaria de ser um espaço para que se debatesse somente a *proporcionalidade* da intervenção fática, devendo ser, também, ele próprio *proporcional*⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ Como exposto em outra ocasião, “ao mesmo tempo em que alicerçamos a existência de uma íntima relação entre liberdade de imprensa e Democracia, merece especial destaque o conflito em potencial que há entre o exercício desta liberdade e a proteção de direitos fundamentais individuais, repercutindo em um confronto com a própria tutela da dignidade da pessoa humana. A compreensão deste cenário demonstra que na base do debate relacionado à matéria existe um perigoso campo minado, colocando um desafio claro ao intérprete do Direito. Realmente, por mais que constitua uma importante alavanca para a formação e a solidificação das bases democráticas, o poder informador da imprensa convive em um constante flerte com a invasão da órbita de proteção de direitos individuais. O conflito é evidenciado quando nota-se que a propagação de uma notícia pode ensejar um abalo nítido ao noticiado e ferir a sua dignidade (...) nestas hipóteses, coloca-se de um lado a proteção da liberdade de imprensa, cuja relevância foi previamente demonstrada, e de outro a defesa do indivíduo, (...) eleita pela Constituição Federal de 1988 como fundamento de nossa República. Mergulhando neste quebra-cabeça”. Sobre o tema, ver, OSNA, Gustavo. Entre a Teoria e a Concretização - Possibilidades, Limites e Funções para uma Nova Lei de Imprensa. In. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*. v. 41. Curitiba: IAP, 2012. p.17-41.

⁴⁴¹ “Assim compreendido, o princípio da proporcionalidade pode ser ambientado na experiência processual italiana como um aspecto do valor constitucional da eficiência na disciplina do processo, que se deduz da afirmação da duração razoável (...) nesse campo, sobressaem avaliações que são, por definição, distintas de um ordenamento nacional a outro, e diversas dentro de um mesmo ordenamento no curso do tempo, uma vez que exigem a consideração do estado dos recursos da administração da justiça em um certo ordenamento, em dado momento histórico”. CAPONI, Remo. *O princípio da proporcionalidade na justiça civil*. p.405 e ss.

Como, porém, essa espécie de análise atingiria o direito processual civil? Sob quais feições e em quais momentos? Que tipo de desdobramento essa possibilidade interpretativa agregaria para a disciplina?

Respondendo as questões, é certo que, em um primeiro momento, o juízo de proporcionalidade poderia se relacionar com a matéria sob uma perspectiva *endoprocessual*. Como percebido por Arenhart, essa leitura preliminar decorreria da própria pluralidade de valores inerente à disciplina, podendo gerar diferentes desafios a partir de circunstâncias pontuais⁴⁴². Diante de determinado processo, há a possibilidade constante de que a urgência entre em atrito com a segurança, de que a participação colida com a efetividade. Nessas circunstâncias, caberia ao processo a procura pela resposta *mais proporcional*.

Entretanto, ao lado dessa questão, tem-se defendido que o critério de *proporcionalidade* também deveria entrar em cena sob uma perspectiva *mais ampla* na composição processual. Sob essa segunda lente, seja ao compor os pilares da disciplina, seja ao atuá-la no cotidiano forense, seria preciso levar em conta as circunstâncias *amplas* que permeiam a jurisdição⁴⁴³. Como dito, residiria aqui a aplicação da lógica *panproporcional*, criando uma nova válvula argumentativa para o processo e procurando aproximá-lo de seu contexto concreto.

Vista sob esse viés, a ideia de *proporcionalidade* poderia facilitar o liame entre o *processo dos livros* e o *processo da realidade*, permitindo a articulação entre os fatores estruturais, culturais e legislativos aplicáveis a matéria⁴⁴⁴. Como descrito no item anterior, a

⁴⁴² Explicando esse primeiro enfoque, Arenhart pontua que, no âmbito dos princípios constitucionais, “em grande parte das situações tais garantias entram em colisão e devem ser harmonizadas, sob pena de prevalência de um preceito fundamental sobre os demais. Para que não haja essa superposição e com o fito de compatibilizar os princípios, vale-se a doutrina e a jurisprudência, a partir da experiência alemã, do critério de proporcionalidade. Segundo esse preceito, a ponderação entre os vários princípios constitucionais em choque – a fim de extrair-se a solução melhor ao caso concreto – deve ser informada por três sub-critérios: impõe-se a avaliação do ato (...) à luz da sua adequação, de sua necessidade e de sua proporcionalidade (...) essa análise da proporcionalidade, que aqui é chamada de proporcionalidade endoprocessual, é comumente utilizada para avaliar a compatibilização, por exemplo, entre os princípios da tempestividade da tutela (...) em relação ao contraditório”. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. p.34-35.

⁴⁴³ “Nesta outra dimensão da proporcionalidade, não se examina o processo considerado em si mesmo. Avalia-se, antes, a atividade jurisdicional na sua relação entre o esforço estatal oferecido a um caso concreto e o todo de processos judiciais (existente ou potencial) que também tem direito ao mesmo esforço. Nessa linha, considerada a escassez dos recursos estatais, o grau de efetividade outorgado a um único processo deve ser pensado a partir da necessidade de assegurar eficiência do sistema judiciário como um todo (...) sob esse ponto de vista, os critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade (...) adquirem novos contornos. Com efeito, a investigação da razoabilidade do tratamento processual dado a uma causa singular passa a ser examinada não apenas em seu próprio contexto (...) a solução, em síntese (...) passa a operar-se em outro plano: o macroscópico”. Idem. p.38-39.

⁴⁴⁴ “Adjudication is an activity that must necessarily be offered by the State to anybody who feels that the exercise of his rights has been threatened or harmed. However, this service could, in turn, be defective in three specific dimensions: (a) legislative, (b) structural, and (c) cultural (...) The analysis of each of these elements is usually done separately, attributing each to a distinct field of legal studies (like anthropology or sociology).

aplicação desse novo crivo propiciaria um diálogo decisivo com as possibilidades e necessidades globais relacionadas à atuação do processo, impactando tanto a sua estrutura legislativa quanto a sua aplicação pontual.

Para perceber o que se propõe, uma vez mais vale recorrer a uma situação hipotética. Com esse fim, suponhamos que em uma mesma vara tramitam duas medidas bastante diversas, envolvendo a instituição bancária “X”. Em uma, o consumidor “H” requer reparação por diferentes tarifas que lhe foram mensalmente cobradas, totalizando valor reduzido. Em outra, “X” é ré de ação coletiva proposta por associação de defesa dos consumidores, questionando práticas reiteradamente adotadas contra todos os seus correntistas e veiculando pretensão reparatória milionária.

Nesse cenário, é evidente que a instituição financeira não dedicaria a mesma atenção às duas demandas. Da mesma forma, não restam dúvidas de que também o impacto social trazido por ambas não seria uniforme⁴⁴⁵. A partir disso, pode-se arguir: seria adequado que o Poder Judiciário fosse instado a conferir a mesma dimensão de trabalho a cada uma? Existiria equívoco em afirmar que as medidas, a partir de suas características *desiguais*, deveriam ser tratadas de forma também *desigual*? Como conformar a atuação do processo a esse tipo de discrepância, levando em conta sua escassez de recursos e sua capacidade concreta de atuação?

Identificando as questões, percebemos que as respostas certamente seriam facilitadas pela adoção da lógica *panprocessual*. É que, diante desse ferramental, a destinação de forças

Nevertheless, we argue that their connection is deep enough to require their collective consideration when discussing adjudication or civil procedure and its reforms (...) As a consequence, the examination of the relationship between these three elements requires the selection of a parameter able to harmonise them and their dialogue and application. This happens because suitability of adjudication can be evaluated only when the three dimensions are taken into account. It is precisely here that we believe that proportionality, in its pan-procedural approach, can be placed, serving as a filter that can provide permeability between the three dimensions, giving the necessary background to an use of civil procedure that is compatible with its global premises and consequences”. ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. *Complexity, proportionality and the ‘pan-procedural’ approach*. p.197-199.

⁴⁴⁵ Com efeito, deve-se aqui lembrar a cisão entre o valor *privado* de determinado processo (isto é, aquele abstraído pelas próprias partes ao realizar o exame de suas circunstâncias) e o seu valor *público* (isto é, o impacto social decorrente de sua capacidade de modulação comportamental). Explicando a questão, Miceli destaca que “Shavell (...) was the first to explicitly compare the private and the social value of lawsuits in a costly legal system. He pointed out that, while the private value of a suit depends solely on a plaintiff’s comparison of the payment he or she expects to receive at trial with the cost of filing suit, the social value depends on the extent to which lawsuits induce the defendant to undertake socially desirable accident prevention. A key finding was that there is no necessary connection between these two values. That is, a suit may be privately valuable but not socially valuable, or the reverse may be true. As a result, in an unrestricted legal system, there may be either too much or too little litigation from a social perspective”. MICELI, Thomas J. The social versus private incentive to sue. In. SANCHIRICO, Chris Willam (coord). *Procedural Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012. Também, SHAVELL, Steven. The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System. In. *The Journal of Legal Studies*. n.11. Chicago: The University of Chicago, 1982. 333-339.

diversas a cada litígio (conforme as suas especificidades) não seria apenas viável. Mais que isso, representaria uma verdadeira medida de *otimização* da atuação jurisdicional, trazendo para a matéria uma maior preocupação com as suas possibilidades reais.

Dessa forma, podemos sustentar ainda que há uma importante modificação na construção da disciplina, alterando-se um critério central ao seu discurso: ao invés da *igualdade*, em seu sentido formal, ganha espaço a *suficiência*. Como consequência, ao invés de se questionar se a dedicação oferecida a cada processo seria a mesma, a pergunta que entraria em jogo seria outra: os esforços destinados à medida seriam suficientes?

Veja-se que, entre os conceitos, há uma inversão decisiva. É assim que Frankfurter confere acepção mais ampla a essa guinada, defendendo que é essa a lógica que deve regular a própria análise da justiça social ⁴⁴⁶; que a preocupação com a *igualdade* seria inócua, não havendo aí um valor moral a ser protegido e sendo preferível colocar a *suficiência* de recursos como parâmetro central ⁴⁴⁷. Em síntese, uma comunidade com diferenças internas não seria problemática, caso todos possuíssem o bastante; contrariamente, um ambiente de absoluta igualdade poderia ser inútil e pouco desejável, caso a situação de todos fosse precária ⁴⁴⁸.

De todo modo, voltando nossas atenções ao campo do processo civil, o que se vê é que o deslocamento trazido pela abordagem *panprocessual* pode representar uma importante amarra para a reconstrução da disciplina. Se o *ceticismo moderado* coloca em cheque as suas certezas, esse novo juízo, por ser mais aderente à realidade, é capaz de contribuir para a melhoria de sua atuação. Trata-se, assim, de um aspecto a ser lembrado e mais bem explorado.

⁴⁴⁶ “Economic egalitarianism is, as I shall understand it, the doctrine that it is desirable for everyone to have the same amounts of income and of wealth (for short, “money”) (...) however, despite a readiness to agree that some inequalities are permissible, many people believe that economic equality has, in itself, considerable moral value (...) from the point of view of morality, it is not important that everyone should have the same. What is morally important is that each should have enough”. FRANKFURTER, Harry G. *On inequality*. New Jersey: Princeton University Press, 2015. p.6-7.

⁴⁴⁷ “I suspect that people who profess to have this intuition concerning manifestations of inequality are actually not responding to the inequality they perceive but to another feature of the situations they are observing. What I believe they find intuitively to be morally objectionable in circumstances of economic inequality is not that some of the individuals in those circumstances have less money than others. Rather, it is the fact that those with less have too little. When we consider people who are substantially worse off than ourselves, we do very commonly find that we are morally disturbed by their circumstances. What directly moves us in cases of that kind, however, is not a relative quantitative discrepancy but an absolute qualitative deficiency. It is not the fact that the economic resources of those who are worse off are smaller than ours. It is the quite different fact that their resources are too little”. Idem. p.41-42.

⁴⁴⁸ “The evil does not lie in the circumstance that the inferior lives happen to be unequal to other lives. What makes it an evil that certain people have bad lives is not that some other people have better lives. The evil lies simply in the conspicuous fact that bad lives are bad”. Idem. p.73.

8.3. A análise comparada: o panprocessualismo e o seu lastro concreto

Indo além, vemos também que esse tipo de postura não é de todo recente na atuação processual, encontrando importantes exemplos na análise comparada. Longe de se tratar de uma mera ilação mental, a percepção de que o processo civil deve ser proporcional às circunstâncias que o permeiam encontra amparo concreto, havendo previsões de destaque que claramente tentaram se valer desse *approach*.

Realmente, um primeiro (e mais óbvio) caso de construção legislativa ancorada em um viés *panprocessual* é o já citado art.1º das *Civil Procedure Rules* inglesas. Como exposto, prevê-se ali um teste de adequação a orientar toda a condução do processo pelo julgador: inicialmente, impõe-se o dever expresso de que, ao analisar e conduzir o litígio, atue de modo proporcional; na sequência, estabelecem-se diferentes parâmetros que deveriam guiar esse juízo de proporcionalidade ⁴⁴⁹.

Aqui, é relevante perceber ainda que os motivos que conduziram à elaboração do dispositivo, assim como os propósitos por ela encampados, dialogam em ampla medida com diferentes aspectos apresentados ao longo da atual tese. Ao observarmos essa linha, percebemos que o juízo ali proposto possuía como norte a tentativa de amarrar o teórico e o real.

De fato, na base das reformas realizadas na segunda metade da década de 90 no processo civil da Inglaterra, pensadas por Lord Woolf, perseguiram-se explicitamente três objetivos essenciais: (i) aprimorar o acesso à justiça e reduzir os custos inerentes ao litígio; (ii) reduzir a complexidade das regras e modernizar a terminologia inerente ao processo; e (iii) por fim, eliminar distinções desnecessárias entre a realidade e o arcabouço processual ⁴⁵⁰.

A partir disso, procurou-se estabelecer algumas metas e objetivos também alinhados com os pilares defendidos no atual trabalho. Nesse particular, após justificar o combate aos “*custos, à demora e à complexidade*” da atividade jurisdicional, Lord Woolf estabeleceu alguns alicerces que deveriam fundar a tentativa de reconstrução do acesso à justiça ⁴⁵¹. Para tanto, expôs os seguintes postulados: (i) o sistema deveria ser justo em seus resultados; (ii)

⁴⁴⁹ Vide nota 433.

⁴⁵⁰ No relatório inicial das reformas, assim se fez constar “I was appointed by the Lord Chancellor on 28 March 1994 to review the current rules and procedures of the civil courts in England and Wales. The aims of the review were: to improve access to justice and reduce the cost of litigation; to reduce the complexity of the rules and modernise terminology; to remove unnecessary distinctions of practice and procedure”. Disponível em <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/civil/interim/contents.htm>>. Acesso em 05 de maio de 2016.

⁴⁵¹ “The most recent report on the civil justice system as a whole was the Civil Justice Review which was established in February 1985 with the following terms of reference: “To improve the machinery of civil justice in England and Wales by means of reforms in jurisdiction, procedure and court administration and in particular to reduce delay, cost and complexity””. Idem.

deveria ser correto, assegurando às partes igualdade de oportunidades, inobstante suas diferenças; (iii) deveria permitir que cada litigante pudesse contraditar as alegações que lhe fossem contrárias; (iv) deveria tratar casos iguais de forma isonômica ⁴⁵².

Além dessas linhas, trouxeram-se ainda outras orientações incidentes sobre a disciplina, com igual *status* na sua composição. E essas diretrizes se harmonizam claramente à ideia *panprocessual* aqui exposta, valendo-se desse mesmo viés: (i) os procedimentos e seus custos deveriam ser proporcionais à natureza das questões envolvidas; (ii) os casos deveriam ser resolvidos de forma relativamente rápida; (iii) o processo deveria ser compreensível por seus usuários, e responsivo às suas necessidades; (iv) o processo deveria oferecer a resposta mais segura possível, a partir das circunstâncias do caso; e, (v) por último, o processo deveria ser efetivo na alocação de seus recursos e em sua organização ⁴⁵³.

Considerando esse ajuste entre *necessidades* e *propostas*, um caminho acabou sendo logicamente trilhado pelas alterações normativas: se até então vigorava um sistema resolutivo preponderantemente livre, tendo como linha-mestra a vontade das partes, haveria a necessidade de estabelecer um maior *controle* pelo órgão julgador ⁴⁵⁴. Sob esse enfoque, as reformas passaram a trazer a noção de *case management* para o núcleo do processo, redimensionando o papel do magistrado e o colocando como guardião da *proporcionalidade* na condução do conflito ⁴⁵⁵.

⁴⁵² “In considering the problems of the civil justice system I have had in mind the basic principles which should be met by a civil justice system so that it ensures access to justice: It should be just in the results it delivers; It should be fair and be seen to be so by: ensuring that litigants have an equal opportunity, regardless of their resources, to assert or defend their legal rights; providing every litigant with an adequate opportunity to state his own case and answer his opponent's; treating like cases alike”. Idem.

⁴⁵³ “Procedures and cost should be proportionate to the nature of the issues involved; It should deal with cases with reasonable speed; It should be understandable to those who use it; It should be responsive to the needs of those who use it; It should provide as much certainty as the nature of particular cases allows; It should be effective: adequately resourced and organised so as to give effect to the previous principle”. Idem.

⁴⁵⁴ Como destacado por Zuckerman, “at the outset of his Interim Report Lord Woolf identified the cause of high costs as being not so much the complexity of procedure as the ‘uncontrolled nature of the litigation process’. Without effective judicial control,” he says, ‘... the adversarial process is likely to encourage an adversarial culture and to degenerate into an environment in which the litigation process is too often seen as a battlefield where no rules apply’”. A partir disso, o autor constatou que “Lord Woolf believes that in order to prevent litigious excesses we need to impose judicial control on litigation. The thrust of his strategy, therefore, is aimed at placing the litigation process under firm controls. These controls are to take two principal forms. The first is rule control (...) the second form of control would involve judicial supervision”. ZUCKERMAN, Adrian. Lord Woolf’s Access to Justice: Plus a Change. In. *The Modern Law Review*. v.59. Oxford: Blackwell Publishers, 1996. p.775.

⁴⁵⁵ Nas palavras de Neil Andrews, “Under the 1998 procedural code, the Civil Procedure Rules (‘CPR (1998)’), also known as the ‘Woolf Reforms’ English judges have been granted wide-ranging powers to manage the development of civil cases, especially in large actions”, razão pela qual “rule changes and judicial initiative had created the framework for case management, that is, active involvement of judges before trial in the preparation of a case for adjudication, with emphasis on the need for proportion (and hence overall economy) and expedition”. ANDREWS, Neil. *The Three Paths of Justice: Courts Proceedings, Arbitration and Mediation in England*. Cambridge: Springer, 2012. p. 01 e 04.

É certo que foram postas algumas ressalvas à postura e aos seus resultados concretos. Em particular, merece menção o posicionamento de Zuckerman quanto ao percurso adotado pelo programa, afirmando que a lógica sugerida subestimava o *interesse pessoal* dos advogados na complexidade do processo. É que, para eles, quanto *mais incompreensível e morosa* fosse a resolução de disputas, maiores poderiam ser também os honorários aferidos – escancarando a relação de agência que foi aqui apresentada ⁴⁵⁶.

De toda sorte, o que nos interessa ver é que, partindo desse prisma, o processo civil inglês decididamente entrou em um campo compatível com a mentalidade *panprocessual*. Como descrito por Andrews, a noção de *proporcionalidade* se tornou protagonista tanto na estipulação dos parâmetros procedimentais quanto na conformação da atuação jurisdicional ⁴⁵⁷; entre os propósitos do *case management*, a tentativa de aprimorar a efetividade do processo caminhará lado a lado com a exigência de melhor gestão dos recursos disponíveis para o exercício de suas funções ⁴⁵⁸.

Ao lado dessa previsão do direito inglês, também merece menção a recente adoção da ideia *panprocessual*, de forma *nítida*, no processo civil estadunidense. Ali, a mentalidade atingiu especificamente a matéria probatória, alterando a estrutura do *discovery* e trazendo uma nova peça para a compreensão da temática.

Fixando esse ponto, é essencial destacar que a fase de *discovery*, ao longo de sua história, representou um ponto de apoio do liberalismo norte-americano na resolução de

⁴⁵⁶ “Lord Woolf has sought to bring about a cultural change. He has proposed measures for reducing the cost and duration of litigation and for achieving a measure of reasonable proportionality between the value of the subject matter in dispute and the cost of the legal resolution. His primary aim is to reduce the amount of work involved in litigation and thereby costs. He proposes to achieve this by judicial case management, which will pass the control over the intensity and pace of the litigious process from lawyers to judges. He also envisages greater standardization of procedure whereby straightforward cases will be litigated by fast simplified process. Admirable as these proposals are, they do not directly address the cause of high costs. The high level of costs is the natural outcome of the economic incentives possessed by lawyers, whose remuneration rises as litigation becomes more complicated and lengthy”. ZUCKERMAN, Adrian. *Lord Woolf's Access to Justice: Plus a Change*. p.795.

⁴⁵⁷ “The new CPR system recognised and sought to promote these principles, values, or aims: (1) proportionality, (2) procedural equality, (3) active judicial involvement in a case's progress, (4) accelerated access to justice by improved summary procedures, (5) curbing excessive documentary disclosure, (6) greater resort to the disciplinary use of costs orders, (7) curbing appeals, (8) stimulating settlement by use of costs incentives to induce acceptance of reasonable settlement offers, and (9) judicial encouragement of resort to ADR, notably mediation. These bare points are fleshed out in the following paragraphs. ‘The Overriding Objective’ in CPR Part 1 gives prominence to the notion of ‘proportionality’ both in the organisation of levels of procedure - small claims, fast-track, or multi-track proceedings - and in the exercise of the court's extensive case management powers”. ANDREWS, Neil. *The Three Paths of Justice: Courts Proceedings, Arbitration and Mediation in England*. p. 04-05.

⁴⁵⁸ “Case management has three main functions: to encourage the parties to pursue mediation, where this is practicable; secondly, to prevent the case from progressing too slowly and inefficiently; finally, to ensure that judicial resources are allocated proportionately, as required by ‘the Overriding Objective’ in CPR Part 1”. Idem. p.12.

disputas⁴⁵⁹. Ao mesmo tempo em que o papel do julgador seria restrito, haveria um amplo espaço para atuação das partes; o protagonismo era depositado inteiramente sobre os particulares, recomendando uma intervenção estatal mínima e corroborando o próprio diálogo entre o processo civil e o seu pano de fundo cultural⁴⁶⁰.

Foi a partir dessa perspectiva que, em termos normativos, a *Rule 26 (b)(1)* atribuiu já em 1932 um conteúdo “*amplo e liberal*” ao *discovery*⁴⁶¹. Em seus exatos termos, seria dado às partes proceder à investigação de qualquer aspecto relevante para a questão em debate, seja ele relacionado às alegações iniciais ou à defesa de qualquer dos litigantes⁴⁶². Dessa forma, seria possível requerer a produção de provas sobre *qualquer* fato hipoteticamente pertinente para o caso, impondo assim um oneroso fardo para a sua elucidação. Foi essa a moldura que permeou a atuação da matéria durante décadas, recebendo chancela jurisprudencial⁴⁶³.

Contudo, a análise dessa estrutura revela que seu mau uso poderia conduzir a excessos, prejudicando a intervenção jurisdicional e criando entraves desnecessários para o processo. Nesse sentido, inúmeras críticas passaram a ecoar nos Tribunais quanto ao tema, sustentando-se que a produção probatória havia se convertido em um *fin* e demandando alterações em seu regime⁴⁶⁴. Colocava-se, dessa forma, um dilema central: o *discovery* amplo

⁴⁵⁹ Explicando a questão, Bone pontuou que “discovery is the process by which parties obtain information from one another and from otherwise uncooperative third parties. The United States is unusual among the nations of the world for the extremely broad scope of discovery it allows. (Subrin 1998) For example, the Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) authorize discovery in federal court cases “regarding any matter, not privileged, that is relevant to the claim or defense of any party” and state that “relevant information need not be admissible at the trial if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence”. BONE, Robert G. Discovery. In. SANCHIRICO, Chris Willam (coord). *Procedural Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012. p.188.

⁴⁶⁰ Vide nota 193.

⁴⁶¹ “The “broad and liberal discovery” standard first appeared in the United States in 1938, when the Federal Rules of Civil Procedure were promulgated. With thirty-five states having adopted the federal rules as their own in the years since, the rule of “broad and liberal” discovery established by current Rule 26(b)(1) now dominates in both federal and state courts. Under Rule 26(b)(1), parties are presumptively entitled to unearth any fact “relevant” to the case—and to do so at the expense of the other party—unless the opposing party blocks the discovery. It is an invitation few litigants decline or avoid, if they dare to enter the courthouse. Broad discovery functioned without widespread dissatisfaction for decades after Rule 26 was enacted”. NETZORG, Gordon W. KERN, Tobin D. Proportional discovery: making it the norm, rather than the exception. In. *Denver University Law Review*. v.87. Denver: University of Denver, 2010. p.514.

⁴⁶² “26(b)(1). Parties may obtain discovery regarding any matter, not privileged, which is relevant to the subject matter involved in the pending action, whether it relates to the claim or defense of the party seeking discovery or to the claim or defense of any other party”.

⁴⁶³ “The U.S. Supreme Court made clear from the onset of modern discovery that the scope of discovery authorized by Rule 26 was to be construed broadly and liberally. In its oft-quoted 1947 opinion in *Hickman v. Taylor*, the Court declared that the common cry of a “fishing expedition” no longer would be sufficient to block discovery; instead, litigants must “disgorge whatever facts” they may have that are “relevant” to the subject matter”. NETZORG, Gordon W. KERN, Tobin D. Ob. cit. p.518.

⁴⁶⁴ ““There has been widespread criticism of the abuse of discovery.” That statement comes not from a recent edition of the Defense Research Institute newsletter but from the Advisory Committee notes to the 1980 amendment that gave us the Rule 26(f) conference. Discovery abuse and the increase in the cost of litigation that flows from such abuse has been a constant theme emerging from analysis of the civil justice system (...) that

possuiria valor intrínseco ou demandaria *desconstruções e recomposições*⁴⁶⁵? Os seus eventuais benefícios excederiam suas possíveis desvantagens⁴⁶⁶?

Foi partindo desse quebra-cabeça que se passou a gradualmente defender que a matéria fosse ancorada por um juízo mais aderente às necessidades concretas; por um raciocínio de *proporcionalidade*. Com efeito, esse ponto impactou a legislação norte-americana já em 1983, introduzindo-se uma primeira emenda voltada a agregar ao tema postulados que o tornassem *proporcional*⁴⁶⁷. Na sequência, foram realizadas novas reformas em 1993⁴⁶⁸ e em 2000⁴⁶⁹, também imbuídas do mesmo propósito. Em todos os casos, colocou-se em pauta a tentativa de limitar o objeto de investigação, afunilando sua leitura.

theme continued to be explored by researchers during the mid-1990s. As one contemporary study of the American civil justice system observed, “[c]ases in federal courts take too long and cost litigants too much. Consequently, proponents of reform argue, some litigants are denied access to justice and many litigants incur inappropriate burdens when they turn to the courts for assistance in resolving disputes””. CARROLL, John L. Proportionality in Discovery: a Cautionary Tale. In. *Campbell Law Review*. v.32. Raleigh: Campbell University, 2010. p.455.

⁴⁶⁵ “So is discovery an expensive, burdensome thing whose abuses must be curbed, and coercive power minimized, whenever possible? Or is it an essential right and integral part of modern litigation practice, enabling parties and courts to develop the information they need to resolve an underlying dispute?”. YABLON, Charles. LANSMAN-ROOS, Nick. Discovery about discovery: sampling practice and the resolution of discovery disputes in an age of ever-increasing information. In. *Cardozo Law Review*. v. 34. New York: Cardozo University Press, 2012. p.722.

⁴⁶⁶ Descrevendo os argumentos colocados em cada um dos lados, Bone enfatizou que “proponents of broad discovery cite benefits for the quality of settlements and trial outcomes, for filing and other litigation incentives, and for incentives to comply with the substantive law”. Estaria aí, por exemplo, a redução de assimetria de informações, teoricamente facilitando e aprimorando o acordo. De outro lado, o autor também lembrou que “discovery is extremely costly. The Federal Judicial Center study found that discovery consumed about half of total litigation costs for the 85% of sampled cases that had some significant discovery and about 90% of total costs for the top 5% of most expensive cases. (...) moreover, these costs have increased markedly with the advent of electronic discovery. Concerns about the cost of discovery take two forms. First, some critics focus on party incentives to engage in excessive discovery, defined as discovery beyond the point where marginal benefit equals marginal cost. Second, some critics focus on party incentives to engage in abusive discovery, defined as discovery aimed not at obtaining information, but at gaining a strategic advantage by threatening the imposition of costs”. Seria nesse caldo argumentativo que se manifestariam suas perspectivas de reforma. Ver, *passim*, BONE, Robert G. *Discovery*.

⁴⁶⁷ “The concept of proportionality in discovery was formally embedded in the Federal Rules of Civil Procedure in 1983. At that time, Rule 26(b)(1)(iii) was amended to “address the problems of discovery that is proportionate to the individual lawsuit” and the perceived tendency of litigants to abuse the discovery process in order to attain a tactical advantage. The amended Rule 26 required courts to limit discovery where “the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit, considering the needs of the case, the amount in controversy, the parties’ resources, the importance of the issues at stake in the action, and the importance of the discovery in resolving the issues””. LAPORTE, Elizabeth D. REDGRAVE, Jonathan M. A Practical Guide to Achieving Proportionality Under New Federal Rule of Civil Procedure 26. In. *The Federal Courts Law Review*. v.9. Stanardsville: Federal Magistrate Judges Association, 2015. p.22.

⁴⁶⁸ “In 1993, further amendments to Rule 26(b)(2) added two more factors to the proportionality analysis: whether “the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit,” and “the importance of the proposed discovery in resolving the issues.” The 1993 Advisory Committee Note stated that “[t]he revisions in Rule 26(b)(2) are intended to provide the court with broader discretion to impose additional restrictions on the scope and extent of discovery.” The Note also stated that the changes in Rule 26(b)(2) were designed “to enable the court to keep tighter rein on the extent of discovery.” Although the rule change was met with some fanfare, its effect on discovery practice appears to have been muted”. *Idem*. p.29.

⁴⁶⁹ “In 2000, the scope of discovery under Rule 26(b)(1) was finally narrowed substantively, by permitting only discovery that is relevant to the “claims and defenses,” and not merely the “subject matter” of the case. A

De qualquer forma, porém, o efeito prático trazido pelas modificações não pareceu ter alcançado os patamares desejados ⁴⁷⁰. Por mais que se tenha procurado recompor a disciplina, as adaptações não foram suficientes para que cessassem as críticas ao uso abusivo do *discovery*. Diante disso, foi realizada em 2015 uma nova reforma: de maneira mais radical, alterou-se o *cerne* da matéria, reformando-se *inteiramente* o texto da *Rule 26 (b) (1)*.

De fato, se antes os temperos voltados a balizar essa fase processual conviviam em conflito imanente com a mentalidade “*ampla e liberal*”, a reforma de 2015 procurou *atacá-la* em seu âmago ⁴⁷¹. Com esse escopo, a nova redação dada ao dispositivo estabelece que, desde que não haja outros limites postos pelo Tribunal, o objeto do *discovery* alcançaria qualquer questão pertinente às alegações iniciais ou à defesa que fosse *proporcional às necessidades do caso*. Nesse teste, seriam considerados: (i) a importância dos aspectos em jogo; (ii) o valor em disputa; (iii) o acesso das partes às informações, bem como os recursos disponíveis a elas; (iv) a importância da produção probatória para o esclarecimento do caso; e (v) a relação entre os custos da investigação pleiteada e os seus prováveis benefícios ⁴⁷².

Com isso, vê-se que o raciocínio *panprocessual* que é aqui proposto foi claramente encampado. O processo civil estadunidense pareceu assim disposto a fazer *sacrifícios* para se aproximar das suas necessidades reais; admitiu-se que a leitura *ampla e liberal* do *discovery*

requirement of good cause was imposed for discovery beyond the new, “refined” boundary. With the 2000 amendments to Rule 26(b)(1), the Advisory Committee acknowledged that concerns among the bench and bar over cost, delay, and “over-discovery” in general had become persistent. At the same time, the committee acknowledged that the new boundary would be difficult to enforce. The “dividing line” between information relevant to the general subject matter of the case, but not the actual claims and defenses, is difficult to draw”. NETZORG, Gordon W. KERN, Tobin D. Ob. cit. p.521.

⁴⁷⁰ “Judicial opinions appear to confirm that little has changed since the 1983, 1993 and 2000 amendments to Rule 26(b)(1). The default rule of broad and liberal discovery remains intact. In 2010, even after all these rule amendments, the presumption continues to be that if there exists “any possibility” that information or material is relevant to the case, “it should generally be produced.” The resisting party continues to bear the burden of showing by specific proof why information should not be produced, whether on the basis of cost, burden or need”. Idem. p.522.

⁴⁷¹ “Finally, after four years, three hearings, and thousands of comments, the Standing Committee submitted proposed rules to the United States Judicial Conference in May of 2014. The Standing Committee was resolute that “proportional discovery will decrease the cost of resolving disputes without sacrificing fairness.” The Standing Committee also reported that the proposed rules were “largely unchanged from those published for public comment.” Nonetheless, the amended Rule proposal was a response to many of the commenters’ concerns. In the main text of the Rule, the Committee moved “the amount in controversy” factor from the first position, and inserted “the importance of the issues at stake in the action” in its place. This was done to “add[] prominence to the importance of the issues and avoid[] any implication that the amount in controversy is the most important concern.” In addition, the Committee added a new factor: “the parties’ relative access to relevant information.” This was added to “address[] the reality that some cases involve an asymmetric distribution of information” and oftentimes “one party must bear greater burdens in responding to discovery than the other party bears”. LAPORTE, Elizabeth D. REDGRAVE, Jonathan M. Ob. cit. p.39-40.

⁴⁷² “26(b)(1) Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party’s claim or defense and proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties’ relative access to relevant information, the parties’ resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit”.

fosse *desconstruída*, procurando recompor o tema de maneira mais aderente à sua posição contextual.

Enfim, encerrando o capítulo, poderíamos mencionar ainda outras tentativas de adoção desse *approach*, concebendo a *proporcionalidade* como uma peça-chave na atual compreensão do direito processual ⁴⁷³. De toda sorte, os exemplos anteriores já são o bastante para ratificar um ponto essencial: o *panprocessualismo* possui lastro concreto; trata-se de um referencial que já vem sendo seriamente considerado.

Considerando esse pano de fundo, e levando em conta a natureza *cultural* e *contextual* do processo, caberia então indagar: como o Brasil tem se inserido nessa quadra? Há aqui exemplos francos de adoção dessa postura? Os benefícios que ela pode gerar têm sido valorizados?

Enfrentando os problemas, consideramos que as suas respostas são cambaleantes. É que, por mais que o novo Código de Processo Civil preveja expressamente a aplicação da *proporcionalidade*, é incomum que se atribua ao parâmetro essa dimensão mais ampla ⁴⁷⁴. Em que pese a existência de esforços doutrinários nesse sentido, a concretização desse enfoque ainda está distante de nosso ambiente. Reforça-se a importância de sua defesa, procurando contribuir com o estreitamento entre os *livros* e a *realidade*.

⁴⁷³ Problematicando a questão, Uzelac destaca que “the axiology of civil procedure gets its flavour from cases that may be considered typical for the national civil justice system. But, the spectrum of cases is rarely uniform: most national judiciaries handle ‘small’ and ‘big’ cases; complex and routine cases; unique cases and repetitive/cloned cases. Two issues arise in this context: first, whether some types of cases are for one or the other system more ‘typical’; and, second, whether or not the goals and modalities of their implementation are in each given system adjusted to the different nature of the case at hand”. Entraria em cena, aqui, “the proportionality between the methods of treatment of cases, and their social importance”. Ver, UZELAC, Alan. Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary World. In. *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*. Heidelberg: Springer Publishing, 2012. p.21.

⁴⁷⁴ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

9. O acesso à justiça possível: limites e alternativas

O capítulo anterior traz a peça final de um quebra-cabeça: ao admitir que o processo civil seja compreendido sob as lentes do *ceticismo moderado*, coloca-se em dúvida qualquer dogma relacionado à matéria, permitindo sua desconstrução discursiva; diante disso, torna-se possível aproximar o tema do mundo concreto, em um fluxo no qual acreditamos que a lógica panprocessual pode desempenhar um importante papel. Em resumo, parte-se da essência cultural e maleável do processo para desmontar suas compreensões clássicas, procurando atar teoria e prática.

Diante desse pano de fundo, compreendemos que a disciplina não possui respostas certas, que as suas possibilidades são limitadas e que o seu crivo central será sempre fornecido pela legitimação. Não há, assim, método resolutivo imutável, mas problemas conjecturais a serem acertados a partir da capacidade concreta de atuação institucional. No presente capítulo, pretendemos aplicar esse teste a um aspecto elementar ao processo civil contemporâneo, costumeiramente posto em sua base: a noção de “*acesso à justiça*”.

Com esse propósito, colocamos como primeiro objeto de análise a posição assumida por esse conceito em nosso direito processual, verificando o seu protagonismo. Na sequência, com olhares *céticos*, problematizamos esse papel e as alternativas mais regularmente trazidas. Por último, com fundamento na mentalidade *panprocessual*, procuramos indicar possíveis saídas para que o tema seja recomposto de modo mais compatível com o nosso atual contexto.

9.1. Acesso à justiça e acesso ao Judiciário

Ao longo das últimas décadas, o processo civil tem adotado a ideia de “acesso à justiça” como um totem. Compreendendo a natureza instrumental da disciplina e a sua inserção no programa estatal, esse projeto é regularmente apresentado como peça central, trazendo um conteúdo ético à matéria. Veda-se a autotutela, concentrando forças na mão do Estado. Como contrapartida, oferece-se a jurisdição e concebe-se o “acesso à justiça” como um de seus traços basilares. O que, porém, seria esse “direito de acesso”? Qual o seu conteúdo e a sua extensão?

As respostas a esse par de indagações possuem conteúdo contextualmente determinado. Assim como ocorre com toda instituição relacionada ao processo, também a bandeira do “acesso à justiça” nem sempre assumiu o mesmo teor. Essa elasticidade, demonstrada por Cappelletti e por Garth, dá a tônica de sua análise e lhe atribui um forte

conteúdo conjectural⁴⁷⁵.

É a partir dessa premissa que, em um ambiente liberal, o “acesso à justiça” poderia corresponder a um acesso apenas aos Tribunais. Em atenção aos cânones então vigentes, essa alternativa bastaria. Como demonstrado, esse arcabouço possuía como pano de fundo a preocupação com a previsibilidade nas relações, com a redução do agir estatal e com o respeito à órbita de privacidade dos indivíduos. Em um Estado *mínimo e neutro*, acreditava-se na suficiência da tutela declaratória ou da tipicidade dos meios executivos, oferecendo respostas *liberais* para uma lógica também *liberal*. Como em uma orquestra bem afinada, tudo fazia sentido.

Com a determinação da ideia de “acesso à justiça” não seria diferente, também ela bebendo dessa fonte. Seu conteúdo possuía como aspecto nuclear a possibilidade, conferida ao cidadão, de conduzir o seu interesse à apreciação jurisdicional. Em uma frase, o “acesso à justiça” então existente poderia ser mais bem descrito como um “acesso ao Judiciário”; a garantia já estava presente, mas sua roupagem era bastante diversa.

Prosseguindo nessa linha, porém, foi demonstrado ao longo da tese que as críticas à mentalidade liberal repercutiram nas instituições do processo. Foi desse modo que, como será visto, passou-se a atribuir à garantia de ação um conteúdo mais denso e material⁴⁷⁶. E o mesmo ocorreu com a noção de “acesso à justiça”⁴⁷⁷. De modo gradual, a bandeira deixou o

⁴⁷⁵ Realmente, analisando o conteúdo dado à garantia os autores estabelecem, como premissa, que “o conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais “burgueses” (...) significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação (...) os estudiosos do direito, como o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população”. A partir disso, esclarecem que “a medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade (...) não é surpreendente (...) que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção (...) De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (...) seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”. Ver, assim, CAPPELLETI, Mauro. GARTH, Bryant. Ob. cit. p.09-12.

⁴⁷⁶ Identificando essa questão, Marinoni, Arenhart e Mitidiero pontuam que, hoje, “o direito de ação (...) é antes de qualquer coisa direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo, interessando atualmente o seu ângulo teleológico. Nesse sentido (...) o foco é deslocado do conceito para o resultado propiciado pelo seu exercício. Vale dizer: a ação passa a ser teorizada como meio para prestação da tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil - Teoria do Processo Civil*. p.213.

⁴⁷⁷ Nesse sentido, já destacava Ada Pellegrini Grinover cerca de três décadas atrás que “o acesso à justiça não se confunde nem se esgota na possibilidade de todos levarem suas pretensões aos tribunais, mas significa a oportunidade de efetiva e concreta proteção judiciária, mediante o justo processo, entendido como conjunto de garantias que permita efetivamente às partes a sustentação de suas razões, a produção de suas provas, a possibilidade de influir sobre a formação do convencimento do juiz”. GRINOVER, Ada Pellegrini.

plano do processo e da teoria para exigir maior concretude e efetivação.

Essa adaptação refletiu nas modificações a que a própria estrutura normativa do processo se submeteu, já identificadas em momento anterior. Como destacado, inseriram-se nessa linha questões como a valorização da tutela específica ou a admissão de técnicas de aceleração da proteção jurisdicional. Em qualquer dos casos, a relação de causa e efeito é a mesma: cria-se um novo filtro de exigência, cabendo ao processo se adaptar para internalizar esse vetor. Há uma relação dialógica, permitindo o acoplamento entre o mecanismo de resolução de disputas e a sua conjuntura.

Para demonstrar a diferença entre os momentos, é novamente válido lançar mão do campo exemplificativo. Nesse sentido, imaginemos que “C”, proprietário de um imóvel situado no município de Registro, contrata “D” para pintar as paredes internas e externas da sua residência. Suponhamos que, nos termos acordados, o contratante paga antecipadamente o equivalente a cinquenta por cento do valor total da negociação. Entretanto, imaginemos que o contratado recebe o dinheiro, mas não dá início tempestivo aos serviços ou presta qualquer outra forma de informação.

Diante do monopólio jurisdicional e da existência de pretensão resistida, é bastante razoável que, nessa situação, defendesse-se a possibilidade de que “D” exercesse sua garantia de “acesso à justiça”. Entretanto, a natureza “coringa” desse conceito poderia conduzir a uma série de indagações: o que esse “acesso” asseguraria? Qual seria o seu conteúdo e a sua dimensão?

É nesse caminho de reflexão que se percebe a diferença entre os dois cenários indicados acima. No primeiro, marcado pela visão autonomista do processo, seria crível que se defendesse que o “acesso à justiça” teria como escopo viabilizar que “D” conduzisse o seu interesse à apreciação jurisdicional. Já no segundo, permeado por uma mentalidade mais instrumental, o argumento possuiria como fundo a necessidade de que “D” obtivesse aquilo que de *fato* lhe era devido (isto é, a pintura de seu imóvel). O discurso extrapolaria o campo do procedimento, indo ao encontro da própria realidade material.

Ocorre que, prosseguindo nesse passo, notou-se que essa alteração qualitativa do *conteúdo* do processo não faria com que o “acesso à justiça” deixasse de encontrar barreiras. Ainda que o cerne da atuação jurisdicional fosse outro, isso não evitaria questões como o *desestímulo* ou a *impossibilidade* de que determinados interesses fossem levados ao Judiciário. A mera alteração de discurso não supriria essa paralisia parcial da garantia,

impondo que também fossem redimensionadas as técnicas disponíveis para a sua atuação ⁴⁷⁸.

Realmente, um breve recorte demonstra que há uma série de aspectos que poderiam obstar o “acesso à justiça” ao criarem situações de hipossuficiência técnica ou financeira. Inserem-se, aí, elementos de diferentes ordens, como os custos do litígio, a escassez de defensores dativos e a desinformação a respeito do direito. Em qualquer dos seus vieses, esses entraves dificultam que a *promessa* de justiça, formulada pelo teórico, seja obtida no mundo dos fatos ⁴⁷⁹. E a sua existência na realidade brasileira é evidente, edificando uma barreira social à concretização da garantia.

Como exemplo, imaginemos a cobrança de uma taxa ilegal pela instituição bancária X em prejuízo a todos os seus correntistas. Nesse caso, por mais que qualquer dos prejudicados pudesse pleitear individualmente a reparação, é bastante plausível que diversos deles jamais tivessem conhecimento da irregularidade. Além disso, mesmo entre os que possuíssem essa informação, haveria aqueles que não disporiam de mecanismos idôneos para ingressar em juízo. Em ambos os grupos, verificada a hipossuficiência técnica ou a hipossuficiência financeira, existiria uma negativa de “acesso à justiça”.

Tendo em vista a modificação de finalidades do Estado e os seus impactos na jurisdição, essa situação não poderia ser conformada pelo processo, cabendo-lhe modificar sua estrutura para evitar este déficit. O fato de o indivíduo desconhecer o ilícito ou não possuir condições de ingressar em juízo não denota um necessário desinteresse na efetivação do direito, a não ser que se parta de uma presunção negativa bastante improvável. Não obstante, a partir de um processo provido apenas de ferramentais tradicionais e ortodoxos, o efeito da hipossuficiência e da renúncia prévia seria o mesmo: a ausência de proteção.

⁴⁷⁸ Observando esse hiato entre teoria e prática no direito norte-americano, em crítica que certamente pode ser replicada para o modelo brasileiro, Rhode afirma que ““equal justice” is one of America’s most proudly proclaimed and widely violated legal principles. It embellishes courthouses entrances, ceremonial occasions, and constitutional decisions. But it comes nowhere close to describing legal system in practice. Millions of Americans lack any access to justice, let alone equal access (...) we tolerate a system in which money often matters more than merit, and equal protection principles are routinely subverted in practice. This is not, of course, the only legal context in which rhetoric outruns reality. But it is one of the most disturbing, given the fundamental right at issue”. RHODE, Deborah L. *Access to Justice*. New York: Oxford University Press, 2004. p.03.

⁴⁷⁹ Trata-se daquilo que Cappelletti e Garth denominam de “capacidade jurídica pessoal”, referindo-se às “inúmeras barreiras que precisam ser *pessoalmente* superadas, antes que um direito possa ser efetivamente reivindicado através de nosso aparelho judiciário”. Esclarecendo, afirmam que “num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos (...) mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que sua assinatura num contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção”. CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryan. Ob. cit. p.22-23.

A esse primeiro problema, devemos acrescentar ainda a existência de hipóteses em que, mesmo ciente da lesão e dispondo de condições para pleitear a reparação judicial, o indivíduo é desestimulado a fazê-lo pela análise entre custos e benefícios do processo. Também nesse caso é equivocado compreender o desestímulo como renúncia, sendo errôneo acreditar que esse tipo de olhar deva prevalecer. Permitir esse cenário seria ignorar que o Estado possui real interesse na tutela do direito material e que os obstáculos ao acesso à justiça – por mais que inevitáveis – são sua *responsabilidade* ⁴⁸⁰.

Valendo-se do exemplo anterior, relacionado à cobrança de uma taxa irregular por instituição bancária, há a possibilidade de que o dano individual mensal seja reduzido à faixa de poucos reais - fazendo com que a eventual indenização não torne o ingresso em juízo atraente o bastante para suplantar os custos do processo. Tratar-se-ia de *small claims*, conforme definição dada pela doutrina norte-americana ⁴⁸¹; de interesses que, em uma “análise lenta”, jamais chegariam à jurisdição ou receberiam tutela estatal ⁴⁸².

De fato, lançando mão das considerações trazidas nos capítulos anteriores, podemos identificar que a análise que o indivíduo faz antes da propositura de uma demanda é preponderantemente racional. Essa questão assume contornos ainda mais acentuados ao lembrarmos a burocracia de nosso Poder Judiciário e o seu apego à capacidade postulatória

⁴⁸⁰ Como percebido por Ragone, investigando a guinada trazida ao processo europeu a partir de Klein (adaptando-o a um discurso mais atento ao bem-estar social), “las nuevas demandas de justicia en el ámbito social y económico exigían un mayor y más fácil acceso a los tribunales de justicia, a lo que se sumaba la necesidad de una pronta respuesta. Ello fue considerado por muchos en la época como un bien básico de la vida, especialmente de las clases menos pudientes. Debe recordarse la influencia de Anton Menger sobre Klein en su visión del trabajo conjunto del Estado para con los ciudadanos se fundaba en la necesidad de un proyecto conjunto y para el bien común. Ello finalmente se traducía en la necesidad de una justicia civil abierta y accesible para todos los ciudadanos, no sólo en sus demandas relativas al derecho de propiedad y con elevada cuantía, sino también en las reivindicaciones económico sociales de las clases menos pudientes.”³⁶ Así se facilita el acceso a la asesoría jurídica y a la justicia, el establecimiento de mecanismos para poder litigar en algunos casos sin costas o sin gastos, la ampliación y mejora de la asistencia legal y jurídica por parte del Estado para garantizar una igualdad de armas y de acceso a la jurisdicción. Este fue el fundamento para sostener que no había razón para no dar cabida dentro del sistema judicial a los conflictos que surgían con la industrialización y la producción en masa, y que por ende ya no era suficiente un proceso sin que el Estado se involucrara activamente para un mejor, menos costoso y más efectivo resultado jurisdiccional”. RAGONE, Álvaro Pérez. Retrato del revisionismo garantista en el proceso civil a través de Klein y Wach. p.249.

⁴⁸¹ Em relação às *small claim* e seu especial relevo no campo das relações de consumo, cita-se GILLES, Myriam. Class Dismissed: Contemporary Judicial Hostility to Small Claim Consumers Class Actions. *Cardozo Working Paper* n. 278. New York: Benjamin N. Cardozo School of Law, 2009.

⁴⁸² A expressão é talhada por Kahneman, segmentando a mente humana em dois sistemas: o primeiro (Sistema 1) possuiria atuação instintiva, rápida e quase automática, conferindo papel de destaque às intuições subjetivas; o segundo (Sistema 2) colocaria estas intuições em segundo plano, possuindo feição calculista e racional. Kahneman ressalta que em inúmeros momentos deixaríamos de utilizar devidamente o Sistema 2 por hipervalorizar as possibilidades de nossas intuições, incorrendo com isso em equívocos que seriam evitados mediante a análise “lenta” que a utilização do “sistema racional” viabilizaria. Cita-se, KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

⁴⁸³. Em explicação sumária, colocam-se em um peso da balança os potenciais benefícios a serem auferidos com a demanda. No outro, os custos relacionados ao processo. Nesse jogo, é natural que a opção por investir no litígio seja sopesada pelo retorno a ser perseguido com esse investimento ⁴⁸⁴.

Em situações como essa, considerando o imperativo *estatal* de viabilizar alternativas adequadas de tutela, passou-se a entender que o “acesso à justiça” exigiria releituras voltadas a viabilizar sua concretização. E é aqui que aspectos como a “assistência judiciária gratuita” e a “assessoria jurídica” encontrariam amparo, expondo uma preocupação do jurista com esse dado. Em cada um, procura-se dar um passo rumo à aproximação entre o indivíduo e a proteção estatal.

No que se refere ao primeiro dos itens, o da assistência judiciária, seu núcleo e o seu objetivo podem ser definidos de maneira breve: evitar que o sujeito deixe de ingressar em juízo pelo fato de os custos do processo prejudicarem sua subsistência familiar. No Brasil, a questão foi regulamentada pela Lei nº 1.060/1950, cuja última redação prescrevia que “*a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família*”. Essa opção foi reforçada pelo Código de Processo Civil de 2015, fazendo com que a mera declaração de pobreza seja suficiente para garantir a fruição do benefício, cabendo à parte contrária a produção de prova capaz de desconstituir essa presunção ⁴⁸⁵.

⁴⁸³ Ainda lançando mão do pensamento de Kahneman, pode-se ver que os sistemas judiciais, de regra, trabalham com alguns filtros e mecanismos que fazem com que a análise pelo litígio se torne, ao menos parcialmente, “dominada” pelo Sistema 2. Como exemplos: (i) é necessária a contratação de um advogado para ingressar em juízo; (ii) o processo é predominantemente formal e burocrático; (iii) o sistema judicial não dispõe de confiança diante da população. Os dois primeiros elementos tendem a obstar que o processo se torne uma *opção impulsiva* do litigante, gerando custos que atenuam as hipóteses em que a litigiosidade toma estas vestes (o que, em tempo, seria ampliado se houvesse um real cumprimento por parte dos advogados de seu Código de Ética, alertando os clientes a respeito da natureza frívola de suas demandas). O último faz com que, nesse raciocínio preponderantemente lento, haja mais um dado de desestímulo para o processo.

⁴⁸⁴ “Parties will tend to spend more on a litigation the greater the stakes. The expected benefit of the expenditure, as mentioned, derives from its effect in increasing the probability of a favorable outcome and is therefore magnified by any increase in the value (or cost) of the outcome. And the greater are the expected benefits of expending resources on litigation, the more, presumably, will be spent”. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. p.446.

⁴⁸⁵ “Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei. (...)”

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

(...)

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

Contudo, em um modelo profissionalizado e com capital próprio, essa prerrogativa teria que ser acompanhada por outro aspecto. É que, considerando que o processo é um campo *nebuloso e inacessível* para o cidadão leigo, tornar-se-ia necessário contornar o problema também nessa ponta. Seria preciso orientar os indivíduos a respeito de seus direitos, e auxiliá-los na condução da sua pretensão jurisdicional ⁴⁸⁶. E é aqui, nesse momento antecedente, que estaria inserido o postulado da *assessoria jurídica*, passando por tópicos como a obrigatoriedade de representação e as suas válvulas de escape ⁴⁸⁷.

9.2. Dimensão e conteúdo: há acesso universal?

As considerações trazidas no item anterior levam a uma conclusão. É que, de maneira comprometida com as próprias finalidades do processo, acabou se tornando comum pensar no acesso aos Tribunais como um recurso *universal*. A busca por “justiça” fez com que se procurasse dilatar a entrada do Judiciário, concebendo o processo tradicional como a

§ 3ª Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.
(...)

Art. 100. Deferido o pedido, a parte contrária poderá oferecer impugnação na contestação, na réplica, nas contrarrazões de recurso ou, nos casos de pedido superveniente ou formulado por terceiro, por meio de petição simples, a ser apresentada no prazo de 15 (quinze) dias, nos autos do próprio processo, sem suspensão de seu curso”.

⁴⁸⁶ Nesse quadro, seria possível tecer críticas a essa prevalência do argumento jurídico, compreendendo o quadro como excessivamente paternalista. A questão, de fato, merece ser considerada. Entretanto, em nosso atual contexto, visivelmente excludente, não parece possível preservar a autonomia subjetiva caso despida das informações e dados necessários à tomada de decisão – colocando-se também em cena a própria influência do representante técnico nessa deliberação. Percebendo tal pêndulo, e a complexidade de sua composição, Simon assim pontua: “in one influential view, the lawyer’s most basic function is to enhance the autonomy of the client. She does this by providing information that maximizes the client’s understanding of his own situation and minimizes the influence of the lawyer’s own view. This autonomy of “informed consent” view is often contrasted with a paternalist of “best interest” view most strongly associated with officials decisions about children and the mentally disabled. Here, the professional’s role is to make decisions for the client based on the professional’s view of the client’s best interests”. SIMON, William H. Lawyer Advice and Client Autonomy – Mrs. Jones’s Case. In. RHODE, Deborah L (org.). *Ethics in Practice: lawyers’s roles, responsibilities and regulation*. New York: Oxford University Press, 2000. p.165.

⁴⁸⁷ Nesse ponto, entra em cena novamente o monopólio da atuação em juízo pelo advogado, e os riscos que esse contexto pode ocasionar ao cidadão comum. Problematicando a questão, com aplicabilidade visível ao direito brasileiro, Rhode destaca que “the last quarter century has witnessed a rapid growth in self-representation and in related materials and business. Kits, manuals, interactive computer programs, on-line information, form processing services, and courthouse facilitators have emerged to assist those priced out of the market for lawyers. But especially for the individuals who need help most, those of limited income and education, such forms of assistance fall far short. Much of the difficulty lies with judicial and bar leaders who have resisted access to law without lawyers. On issues like procedural simplification and lay services, the legal profession has often contributed more to the problem than the solution”. Disso, constata ainda que “some courts are openly hostile to unrepresented parties, whom they view as trying up the system or attempting to gain tactical advantages. Even the most sympathetic judges often have been unwilling to push for reforms that will antagonize lawyers whose economic interests are threatened by pro se assistance (...) similar considerations have worked against other efforts to broaden access to nonlawyers providers of legal services. Almost all of the scholarly experts and commissions that have studied the issue have recommended increased opportunities for such lay assistance. Almost all of the major decisions by judges and bar associations have ignored those recommendations”. RHODE, Deborah L. Ob. cit. p.14-15.

alternativa mais propícia para que se pudesse chegar a esse *pote de ouro*.

Entretanto, lançando mão do *approach* cético, o discurso não assume contornos tão claros. Ao confrontá-lo com as bases construídas ao longo do estudo surgem hiatos que colocam em cheque a sua efetividade. Afinal, a extensão ilimitada do “acesso às Cortes” é materialmente idônea? Como tornar o argumento mais factível, e quais são os seus desdobramentos práticos? É possível acreditar na suficiência e na universalidade de bandeiras como a “assistência judiciária” ou a “assessoria jurídica”?

Investigando cada um desses aspectos a partir da abordagem aqui proposta, vemos que todos eles geram dúvidas e inquietações. É que, por mais que a tentativa de conferir natureza amplíssima ao acesso aos Tribunais possa ter finalidades elogiáveis, o seu discurso não encontra amparo no mundo real. A análise fática não possui noções como “universalidade” e “gratuidade” em sua gramática, levando a um dilema: é necessário que o Estado *preste* justiça, mas não há estrutura capaz de fazê-lo de maneira ideal. A Administração Pública é falível, e o processo também paga o preço trazido por essas limitações.

Para elucidar esse ponto, observemos o primeiro dos aspectos indicados no item anterior: a “assistência judiciária gratuita”. Como dito, essa construção tem como foco permitir que o indivíduo hipossuficiente ingresse em juízo sem quaisquer ônus, evitando que tenha que abrir mão do litígio em favor da própria vivência familiar. Nos termos do nosso atual ordenamento, a concessão dessa prerrogativa parte de uma clara presunção de civilidade e boa-fé, prevendo-se que o deferimento do benefício dependeria apenas de uma mera declaração.

Ocorre que, ao cotejarmos a teoria com a nossa realidade, identificamos que essa gratuidade passou a assumir um uso desmedido, facilitado pelo próprio permissivo procedimental. É que, se antes o seu deferimento passaria pela *prova* da sua necessidade, a modificação do parâmetro (bastando a mera declaração) alterou as peças do tabuleiro⁴⁸⁸. Deslocou-se o ônus, imputando-se à parte contrária as tarefas de demonstrar o descabimento

⁴⁸⁸ De fato, a redação original do art. 4º da Lei nº 1.060/50, ao regram a questão, estipulava que “a parte, que pretender gozar os benefícios da assistência judiciária, requererá ao Juiz competente lhes conceda, mencionando, na petição, o rendimento ou vencimento que percebe e os encargos próprios e os da família”, estabelecendo ainda que “a petição será instruída por um atestado de que conste ser o requerente necessitado, não podendo pagar as despesas do processo. Este documento será expedido, isento de selos e emolumentos, pela autoridade policial ou pelo prefeito municipal”. Na sequência, porém, o texto foi alterado pela Lei nº 7.510/86, passando-se a prever que “a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família” e que “presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais”.

do benefício e de impugnar a sua concessão, em uma engrenagem facilmente sujeita a distorções.

Nesse sentido, não surpreende que a prática brasileira tenha transformado o requerimento de justiça gratuita em um caso emblemático de litigância de oportunidade: caso a benesse seja deferida, gerará proveito econômico para a parte; caso seja negada, não acarretará prejuízo algum. Seu requerimento se torna um jogo no qual nunca se perde, abrindo caminho para uma cifra oculta de concessões abusivas e de pedidos caricaturais ⁴⁸⁹. E nessas circunstâncias, considerando que *não há* justiça gratuita, o litigante oportunista cria um fardo para toda a comunidade ⁴⁹⁰.

Nesse cenário, se é comum que a capacidade de atuação de nossa esfera pública seja questionada, compete ao teórico procurar fechar as torneiras que se encontram indevidamente abertas e conter o desperdício. E nos parece ser esse o trabalho a ser desenvolvido com a atual roupagem da assistência judiciária. Ao pensar a gratuidade de maneira *ingênua e hipotética*, sujeitando-a a um mero juízo de declaração, o processo dos *livros* e o processo da *realidade* entram em choque. Dessa forma, poderia se justificar uma postura mais reticente e inquieta quanto a esse tópico.

Na mesma linha, esse tipo de provocação também afasta a possibilidade de se defender uma *universalidade* da *assessoria jurídica*. Em termos *céticos*, percebemos que esse discurso, embora bem intencionado, não possui lastro material. Considerando as limitações

⁴⁸⁹ “Sobreveio a Constituição Federal de 1988, pela qual a assistência judiciária será prestada aos que *provarem* a insuficiência de recursos. À primeira vista, a Constituição teria negado recepção à presunção instituída por lei (...) como porém as declarações de direitos e garantias em uma Constituição significam somente a oferta de um *mínimo* que a lei não pode negar, prevalece o entendimento de que (...) continua por ser havida suficiente a *mera alegação*, nessa medida. Teoricamente, o adversário do interessado na assistência judiciária sequer teria interesse jurídico na negativa do benefício, porque este não lhe diz respeito e o exercício da ação e da defesa também é garantido constitucionalmente (Const., art. 5º, incs. XXXV e LV). Mas a interpretação literal dos preceitos sobre a assistência judiciária pode abrir portas à *litigância temerária e irresponsável*, que o sistema de justiça onerosa visa a coibir (...) por isso, como toda presunção, essa da insuficiência de recursos deve ser mitigada e adequada à realidade, não se impondo quando houver *razoáveis aparências* de capacidade financeira”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.2. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p.679.

⁴⁹⁰ Como indicado por Arthur Mendes Lobo, “a principal e latente forma de se preservarem todas as garantias processuais do cidadão, inclusive a de ver a rápida solução dos conflitos, é, repita-se, a fortificação da musculatura do Judiciário, conferindo-lhe mais julgadores e serventuários preparados tecnicamente e devidamente equipados. No entanto, sabemos que vivemos em um Estado de poucos recursos financeiros. Não haveria dinheiro disponível para todas estas reformas estruturais, pelo menos esta é argumentação adotada pelo Governo. Mas temos de fazer uma reflexão econômica: qual a fonte de receita do Judiciário? Quem remunera os serviços prestados pelo Estado? Juntamente com os repasses de verbas arrecadadas com impostos, a receita proveniente das taxas judiciárias são as fontes de riqueza que mantêm o Judiciário. Ocorre que, na prática, a arrecadação das taxas judiciárias tem sido alvo de uma política de isenção arcaica, muitas vezes utilizada de maneira abusiva pelos jurisdicionados. Estamos falando da assistência judiciária gratuita”. LOBO, Arthur Mendes. Ob. cit. p.352.

inerentes ao nosso ambiente, não parece possível informar a cada cidadão os seus direitos ou viabilizar o seu ingresso judicial. Também por aqui, cabe desconstituir a leitura teórica, propondo a sua readequação.

De fato, por mais que se tente colocar na mesa medidas voltadas a aprimorar a assessoria, a efetividade dessa proposta parece ter um alcance restrito. Diante da natureza difusa de nossa sociedade e da fluidez de suas relações, é inevitável que haja uma série de conflitos em sua base. E é bastante provável que já no momento de cognição do direito a assessoria não dê conta do problema. Em suma, por mais que o indivíduo possua um interesse merecedor de tutela, é crível que sequer tome ciência dessa possibilidade de proteção.

Além disso, o preenchimento do segundo filtro de acesso aos Tribunais é igualmente incerto. É que, embora existam diferentes alternativas para esse fim (como os núcleos universitários ou as defensorias públicas), todas elas redundam na necessidade de uma intervenção *técnica* que também será escassa. Por mais que a atuação se dê sem custo financeiro, os *custos humanos* e os *custos de transação* que lhe são ínsitos não podem ser negados⁴⁹¹. A realidade mais uma vez traz condicionantes ao discurso teórico, exigindo novas cautelas.

Para demonstrar esse par de aspectos, é valioso recorrer a um exemplo: imaginemos que a União realiza cobrança de determinado tributo, durante um semestre, em todo o território brasileiro. Suponhamos que, gradualmente, a legalidade da medida é colocada em debate, conduzindo-se pretensões judiciais voltadas a essa finalidade. Por fim, imaginemos que as demandas individuais são julgadas procedentes, reconhecendo-se que a cobrança era indevida e determinando-se a repetição do indébito.

Nessa situação, seria plausível que um número acentuado de cidadãos fizesse jus à reparação, nos mais distintos locais do nosso território. Entretanto, levando a hipótese para o campo material, surgiriam algumas indagações: essa série de indivíduos realmente estaria ciente da possibilidade de reparação? Essa informação chegaria ao seu conhecimento? Em caso positivo, seria viável de auxiliar cada um a judicializar isoladamente o seu interesse?

As respostas nos parecem negativas. Além disso, mesmo que o cenário fosse oposto

⁴⁹¹ “Medidas muito importantes foram adotadas nos últimos anos para melhorar os sistemas de assistência judiciária (...) a assistência judiciária, no entanto, não pode ser o único enfoque a ser dado na reforma que cogita do acesso à Justiça. Existem limites sérios na tentativa de solução pela assistência judiciária. Antes de mais nada, para que o sistema seja eficiente, é necessário que haja um grande número de advogados, um número que pode até exceder a oferta (...) em segundo lugar, mesmo presumindo que haja advogados em número suficiente, no país, é preciso que eles se tornem disponíveis para auxiliar aqueles que não podem pagar por seus serviços. Isso faz necessárias grandes dotações orçamentárias, o que é o problema básico dos esquemas de assistência judiciária (...) em terceiro lugar, a assistência judiciária não pode, mesmo quando perfeita, solucionar o problema das pequenas causas individuais”. CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryan. Ob. cit. p.47-48.

seu desfecho seria problemático, já que (caso *todos* os contribuintes ingressassem com demandas individuais) teríamos uma verdadeira *inundação* de ações ⁴⁹². A gestão jurisdicional estaria comprometida, diante da ampliação pródiga de oferta sem correlação na capacidade de resposta ⁴⁹³. Questões como a qualidade das decisões ou a sua razoável duração tenderiam a ficar aquém do desejado, gerando um novo gargalo.

Percebemos, assim, que a realidade possui composição complexa. A natureza técnica do direito, somada à insuficiência de recursos inerente ao mundo material, inviabiliza que a estrutura judiciária absorva todos os conflitos verificados no espaço social. Há um labirinto em que qualquer dos caminhos leva a um ponto-cego: ao ampliar a porta de entrada dos Tribunais, surge um prejuízo para a sua capacidade de resposta; ao restringir esse ingresso, vigora um cenário excludente; nos dois casos, o acesso à justiça encontra algum déficit.

9.3. Processo civil, mediação e arbitragem – readequando o diálogo

Considerando essa insuficiência do processo civil, tem sido comum inserir no debate a possibilidade de que determinados litígios sejam submetidas a outras *esferas*. Empréstando expressão talhada pela doutrina estrangeira, fala-se aqui em meios alternativos de resolução de disputas (ADR), abrindo um leque de *métodos resolutivos diversos* do mecanismo oficial ⁴⁹⁴. A ascensão do discurso, e a sua inserção no novo Código de Processo Civil, recomendam

⁴⁹² A crítica é trazida de maneira contundente por Mancuso, alertando que a “oferta de justiça estatal a toda e qualquer controvérsia, acaba provocando três deletérios efeitos: fomenta a litigiosidade ao interno da sociedade; desestimula a busca pelos meios alternativos, e, ainda, resulta em sobrecarga ao Judiciário, atulhando-o de processos que, antes, poderiam e deveriam ser resolvidos em outras instâncias”. Assim, o autor entende “os milhões de processo em curso em nosso aparelho judiciário estatal derivam, em larga medida, de uma leitura exacerbada e irrealista que tem sido feita do acesso à justiça”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. p.66-67.

⁴⁹³ Como identificado por Posner ao descrever problema similar na esfera federal norte-americana, “in a private market, an unexpected rise in demand has two effects, provided the producers are operating at their full capacity. In the short run, when (by definition) producers are unable to expand their productive capacity, price rises to ration demand to the existing fixed supply. In the long run, when producers can expand their capacity, supply increases to accommodate as much as possible of the higher demand, and price falls, though rarely to its level before demand rose. The response of the federal judiciary to the steep and unexpected rise in the demand for its services that began around 1960 has not followed this pattern”. Além disso, por força do próprio ônus político que o encarecimento do acesso aos Tribunais poderia ocasionar, o autor constata que “without ever clearly acknowledging their policy, the people who control the federal court system (members of Congress, executive branch officials, judges, and judicial administrators) have acted consistently as if they had an unshakable commitment to accommodating any increase in the demand for federal judicial services without raising the price of those services, directly (as by filing fees) or indirectly (as by imposing delay), in the short run or the long run, with the partial exception of the increased minimum amount in controversy in diversity cases (...) the political appeal of this response is evident”. Ver, assim, POSNER, Richard A. *The Federal Courts – challenges and reforms*. p.124-128.

⁴⁹⁴ A questão é apresentada (e problematizada) por Ian Macneil, que assim pontua: “the fact that little is really new in ADR is obscured by the very phrase, Alternative Dispute Resolution. The word alternative means alternative to dispute resolution processes of the State – the judges, juries, administrative dispute resolvers, and

que lhe sejam dedicados alguns olhares.

Para iniciar esse trabalho, apresentamos uma premissa um pouco diversa daquela mais corriqueira. É que, se a centralização estatal representou uma escolha *política* e se não há *processo* correto, nada impede que as técnicas que em nosso sistema são vistas como *alternativas* pudessem assumir preponderância em outra ocasião ⁴⁹⁵. Na realidade, considerando que o avanço monopolista do Estado nem sempre esteve presente, conduzir qualquer conflito à sua análise também não foi sempre uma primeira (ou única) opção. Foi na afirmação dos valores liberais que essa ideia emergiu, procurando evitar instituições sociais alheias à esfera pública ⁴⁹⁶. E é também com o questionamento desses valores que a estrutura passa a ser diversa, conferindo-se maior espaço a *meios alternativos* ao processo tradicional.

Além disso, a amplitude desse conceito é claramente incontrollável, não havendo como taxar todos os mecanismos paraestatais capazes de pacificar uma disputa. Desde a reunião de condomínio, até o pai que separa uma briga entre filhos, colocam-se em tela formas *sociológicas* de resolução de conflitos *também* sociológicos. Para as atuais finalidades, porém, limitamos a análise a duas peças inseridas nesse jogo, comumente introduzidas no discurso de “acesso à justiça”: a autocomposição, mediante conciliação ou mediação, e o julgamento arbitral. A separação é relevante, já que, por mais que os itens sejam trazidos sob o mesmo manto, há entre eles diferenças substanciais.

Iniciamos a observação pelo primeiro, no qual se inserem as ideias de *mediação* e de *conciliação*. Aqui, embora os dois aspectos se operacionalizem de forma diversa ⁴⁹⁷, há um

the like of the State legal system. Thus the term ADR presupposes that the primary, fundamental dispute resolution system is that provided by the State, alternative methods being secondary, supplemental, and probably suspect. This statist view of dispute resolution simply turns the world upside down, whether we look to history or to present socioeconomic behavior. Historically the truly *alternative* dispute resolution methods are those of State law. State law is the Johnny-come-lately on the scene, because the State itself is a relatively recent development”. MACNEIL, Ian R. *American Arbitration Law – Reformation, Nationalization, Internationalization*. New York: Oxford University Press, 1992. p.03-04.

⁴⁹⁵ “ADR has become so diverse in its processes and dispute arenas that professionals are endeavoring to coordinate and make sense of these various efforts (...) as ADR developed and expanded, practitioners began to change how they looked at it, even questioning its name. For some practitioners, the courts are really the alternative dispute settlement process, suggesting that “ADR” represents the usual conflict resolution processes. Others have suggested that the “A” in ADR should stand for appropriate, since in ADR the parties choose the process they feel is most appropriate for their needs and interests. Still others say conflict resolution (CR) should replace ADR. Others offer collaborative problem solving (CPR) as the better term”. BARRETT, Jerome T. BARRETT, Joseph P. *A History of Alternative Dispute Resolution The Story of a Political, Cultural, and Social Movement*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004. p.256-257.

⁴⁹⁶ Vide item 1.1.

⁴⁹⁷ Conforme pontuado por Daniela Gabbay, “é válido ressaltar que há importantes diferenças a serem consideradas entre a mediação, a conciliação e a negociação. Entre as duas primeiras e a negociação há uma diferença formal consistente na presença do terceiro imparcial (mediador ou conciliador), pois sendo a negociação bilateral há apenas uma relação entre as partes para a produção de um acordo. Trata-se da diferença entre a autocomposição direta (negociação) e a assistida (mediação e conciliação). As distinções substanciais entre a conciliação e a mediação recaem sobre a forma de atuação e capacitação do terceiro, o controle exercido

mesmo elemento nuclear: o fato de *os próprios indivíduos* estabelecerem uma forma de composição da disputa⁴⁹⁸. A modificação ideológica é clara, rompendo a estrutura clássica do processo. Se no âmbito jurisdicional a necessidade de *escolha* por um terceiro é eminente, culminando em um ato de *poder*, nesse percurso paralelo a intervenção decisória se torna desnecessária. O conflito é instaurado entre “A” e “B”, e é também entre eles que deveria ser buscada a melhor solução.

Longe de representar uma novidade, essa forma resolutiva possui amparo cultural e raízes antropológicas, dialogando com o ambiente social em que se insere⁴⁹⁹. Assim, será sempre mais provável que a mediação ou a conciliação sejam adotadas em grupos *tendentes* ao *diálogo* e à *solidariedade*. Isso, tanto por em tais hipóteses ser menos necessária uma deliberação externa (diante do sentimento de coletividade) quanto pela natureza contínua da relação (tornando ranhuras pouco desejáveis)⁵⁰⁰. Sabendo que prosseguiriam dependendo um

sobre o processo, o tipo de conflito e a relação entre as partes, questões que influem diretamente nos objetivos das técnicas autocompositivas. Quando à atuação do terceiro, ela pode ser mais ou menos ativa (...) situando-se os conciliadores entre aqueles mais ativos e diretivos da sessão, e que poderiam inclusive propor ideias de acordo às partes (...) na conciliação o procedimento é mais simples e a sessão mais rápida, pois normalmente não se entra no mérito do caso, que é direcionado ao acordo, enquanto na mediação o acordo não é a meta, mas apenas um dos resultados possíveis (...) o conciliador pode assumir um lugar de poder (...) na sessão de conciliação diferente daquela assumido pelo mediador na sessão de mediação, onde o protagonismo recai sobre as partes e em sua responsabilidade para decidir o conflito”. GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p.47-49.

⁴⁹⁸ “A third form of ADR moves further away from formal modes of information development. Conversation (sometimes called mediation, sometimes called a conference, sometimes called evaluation) is employed to elicit agreement by the parties. Judge-run settlement conferences are an example of this genre of ADR, as are “early neutral evaluations” (“ENE”). In this form of ADR, the relationship between information and outcome may be obscure, in part by virtue of the absence of formal articulation by the third party of its views of the respective positions of the disputants. Reaching agreement is one goal, as is the narrowing of the dispute, should further proceedings or adjudication be needed. When settlements take place, it is because of parties’ consent, which may or may not track their legal rights”. RESNIK, Judith. Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication. In. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. n. 10. Columbus: The Ohio State University, 1995. p. 220.

⁴⁹⁹ “This imagined story of prehistoric times illustrates that while humans have always had the tendency to solve their differences by fighting, they also have recognized the benefits of settling matters peacefully by flipping a coin or some other way. This search for alternatives to violence gave birth to the precursors of alternative dispute resolution (ADR). The most basic form of ADR is negotiation: at its core, two people simply talk about a problem and attempt to reach a resolution both can accept. It follows that mediation started when two negotiators, realizing they needed help in this process, accepted the intervention of a third person. If the third party was asked to make a decision or placed the decision in the hands of some arbitrary mechanism, the process was arbitration (...) ADR is often thought of as a new way of resolving disputes. In fact, its roots run deep in human history, and they have long played a crucial role in cultures across the globe. To trace the roots of ADR, we can turn to anthropological and sociological studies of traditional societies for a glimpse of some of the ways early humans may have resolved disputes without the use of fists, clubs, or poison arrows. Many of these ways of resolving conflicts are starkly alien to our Western way of looking at the world. Nevertheless, they have much to teach us about the utility of conflict in airing the disagreements of everyday life and how to use them as opportunities to deepen relationships and achieve lasting harmony”. BARRETT, Jerome T. BARRETT, Joseph P. Ob. cit. p.01-02.

⁵⁰⁰ Identificando esse diálogo na experiência histórica estadunidense, Auerbach destaca que ‘historicamente, a arbitragem e a mediação (...) expressaram uma ideologia de justiça comunitária sem a lei formal, um processo equitativo baseado na reciprocidade e na confiança entre os membros da comunidade. Elas surgiram como

do outro, os sujeitos deveriam acertar suas arestas tão logo fosse possível, e preferencialmente sem derrotados.

A partir desse ponto de apoio, a lógica do *espelho* convidaria o teórico a algumas reflexões⁵⁰¹: se a autocomposição encontraria respaldo em comunidades mais solidárias, esse fluxo não atuaria também em sentido reverso? Instituir procedimentos mais propensos à mediação e ao diálogo não impactaria a sociedade, estimulando as pessoas a acertarem seus próprios conflitos?

Ao lado dessas provocações, seria possível também defender que a valorização dessa modalidade resolutiva facilitaria o acesso à justiça, sob uma roupagem diversa da tradicional. Esse tipo de argumento, de alguma forma recorrente, encontraria amparo no fato de cada litígio findado por meio da *mediação* ou da *conciliação* representar uma disputa que o Judiciário *não teria que apreciar*. Seria assim reduzido o seu fluxo de trabalho, trazendo efeitos globais favoráveis à sua gestão⁵⁰².

Para compreender esse aspecto pela via exemplificativa, tomemos como parâmetro a seguinte hipótese: a sociedade empresária “B”, fabricante de poltronas automotivas, fornece produtos continuamente para a montadora “T”. Imaginemos que, no curso do negócio, surgem divergências entre as empresas quanto à alíquota de reajuste a ser aplicada. Suponhamos, porém, que a continuidade do vínculo seja necessária para ambas, havendo uma relação de dependência recíproca. Nessa hipótese, o ingresso em juízo seria a opção mais desejada? Seria recomendado conferir essa dimensão à disputa?

Em uma análise aderente à realidade, a resposta possivelmente seria negativa. E entraria aqui a chave-mestra que dá gatilho tanto ao discurso da mediação quanto ao da

formas nativas de auto-governo. As comunidades que rejeitaram o meio judicial de resolução de disputas eram muito diversas, com diferentes características geográficas, ideológicas, de crença, de origem étnica e até mesmo de objetivos comerciais. Ainda assim, sua unidade de visão é notável. A despeito da diversidade, elas usaram processos idênticos porque compartilhavam um compromisso comum com a essência da vida em comunidade: reciprocidade, responsabilidade e confiança. Os fundadores de Dedham (uma comunidade utópica cristã do século XVII em Massachusets), os primeiros quakers da Philadelphia, os seguidores de John Humphrey Noyes em Oneida (uma comuna utópica do século XIX), os chineses em São Francisco e os escandinavos em Minnesota, e até mesmo empresários de uma Câmara de Comércio poderiam ter facilmente colaborado na elaboração de um projeto comum de resolução de disputas. Compartilhando uma suspeita em relação aos advogados e às leis, eles desenvolveram padrões de resolução de conflitos que refletiram sua luta comum pela harmonia social para além dos conflitos individuais, pela justiça sem o direito”. AUERBACH, Jerold S. Ob. cit. p.44.

⁵⁰¹ Vide item 3.3.

⁵⁰² Como posto por Hensler, “ADR practitioners – particularly mediators – have long emphasized the qualitative benefits of substituting problem-solving processes for adjudication. But it is indisputable that ADR has been “sold” within the court context as a set of procedures for reducing judicial caseloads and cutting time to disposition. ADR proponents have therefore been disappointed by research suggesting that cost and time savings may be illusory”. HENSLER, Deborah R. A research agenda: what we need to know about court-connected ADR. In. *Dispute Resolution Magazine*. n.15. Washington: American Bar Association, 1999. p.15.

conciliação: o desentendimento é inevitável, mas é possível e adequado que os próprios interessados venham a resolvê-lo. Permite-se uma resolução sem vencedores ou vencidos, instituindo uma mentalidade que vem encontrando respaldo gradativo em nosso ordenamento e que é fomentada pelo próprio desestímulo ao processo civil tradicional ⁵⁰³.

Ao lado dessa hipótese, o discurso dos *meios alternativos* também caminha constantemente para a apresentação e para a defesa do instituto da *arbitragem*. Como dito, as questões são postas em lados diversos, já que a diferença entre ambas é elementar: se nos mecanismos antes vistos a ideia central é que os próprios litigantes acertem o seu conflito, aqui o ato de *escolha* é delegado a um terceiro. Nenhum dos institutos coincide com o modelo oficial de resolução de disputas, mas é inviável querer tratá-los como coincidentes.

Compreendendo essa premissa, percebemos que o juízo arbitral não difere em sua geometria do processo civil tradicional. Nos dois casos é estabelecido um procedimento de *heterocomposição*, cabendo a um sujeito *imparcial* analisar as suas nuances e estabelecer o seu desfecho ⁵⁰⁴. Entretanto, a mudança elementar estaria na *esfera* responsável por essa decisão: se em sua moldura oficial a disciplina está inserida no âmbito do Estado, com a arbitragem a composição é deslocada para o setor *privado*; perante o conflito presente ou potencial, as partes decidem submeter a sua resolução a um *particular* ⁵⁰⁵. Estabelece-se com

⁵⁰³ Identificando essa relação dialógica no direito inglês, Neil Andrews pontua que “costs and expense are in the forefront of most people’s minds whenever litigation becomes even a remote prospect. Certainly in England, the rise of mediation, notably in high value disputes, is largely attributable to the sheer expense of traditional court litigation. Bill Gates himself, and other modern-day descendants of Croesus, would hesitate to run the risk of engaging in protracted and complicated claims heard by the High Court. The ‘Woolf reforms’ of 1999 were expected to alleviate the problem of the high cost of civil litigation. But the situation has not improved. And it has been officially recognised that the new procedural code (the CPR 1998) has not reduced the expense of litigation”. ANDREWS, Neil. *The Three Paths of Justice: Courts Proceedings, Arbitration and Mediation in England*. p.194.

⁵⁰⁴ “While the current vocabulary of ADR could enable a lengthy discussion of distinctions among processes now called arbitration, court-annexed arbitration, mediation, med-arb, mini-trial, summary jury trial, early neutral evaluation, and judicial settlement conferences,31 all of these forms involve the state’s introduction to the disputants of a third party, who is called upon to do something (...)A first mode is quasi-adjudicatory; this form of ADR offers a truncated, abbreviated fact-finding process that yields an outcome, decided by a third party, in the hopes that with that result, the parties will conclude their dispute. Both private contractual and court-annexed arbitration fit this mode. The difference is that under contractual arbitration, individuals or entities have an agreement, predating a dispute, to arbitrate, and that agreement also specifies the mechanism for selection of arbitrators. What makes this process not adjudication is that the proceeding is not conducted by a state-employed individual who bears the title “judge,” formal evidentiary rules do not apply, and opinions are often not written. It is, however, important to keep in mind that this process shares with adjudication a commitment to a case-specific outcome made by a third party and predicated upon an inquiry into the claims of fact made by disputants”. RESNIK, Judith. *Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication*. p.218-219.

⁵⁰⁵ Sobre o tema, afirmam Marinoni, Arenhart e Mitidiero que “a arbitragem surge como forma alternativa de resolução dos conflitos, colocada ao lado da jurisdição tradicional. Sua tônica está na tentativa de ladear o formalismo- muitas vezes exagerado – do processo tradicional, procurando mecanismo mais ágil para a resolução dos problemas. Mais que isso, a arbitragem pode representar caminho para soluções mais adequadas para muitas situações concretas de litígio. Com efeito, o fato de que o árbitro pode ser pessoa de outra área, que

isso um *consenso quanto ao dissenso*: discorda-se quanto ao mérito litigioso, mas concorda-se quanto à instância mais adequada para resolvê-lo e quanto ao fato de não ser ela o setor estatal.

Nesses termos, a resolução de disputas por meio da arbitragem possui como alicerce o fato de um *terceiro*, estranho ao aparato jurisdicional, ser *livremente* escolhido pelas partes como o responsável pela pacificação⁵⁰⁶. E, como consequência direta e condição de existência do instituto, essa opção deve trazer consigo o compromisso de vinculação à decisão ali proferida. A adesão à arbitragem representa assim uma espécie de *renúncia* à jurisdição estatal⁵⁰⁷. Por esse motivo, sua concretização é vista com olhares criteriosos, estando submetida tanto a requisitos subjetivos quanto a parâmetros objetivos.

Os primeiros, conceituados como “arbitrabilidade subjetiva”, referem-se às condições *pessoais* necessárias para que as partes de determinado conflito vinculem seu acerto à arbitragem⁵⁰⁸. Reflete-se aqui a própria natureza *pactual* da matéria: tratando-se de um negócio jurídico, também essa transação dependeria de requisitos relacionados aos seus agentes. A adoção dessa via alternativa pressuporia um *acordo válido*, e tabulado por sujeitos que a ele poderiam se vincular.

Já o segundo nível de avaliação, formador da “arbitrabilidade objetiva”, limitaria a

não a jurídica, pode contribuir para que se obtenha decisão mais adequada e com maior precisão. Realmente, em temas que exigem conhecimento específico em determinada área, será em regra muito mais apropriada uma decisão proferida por um especialista naquele campo do conhecimento do que por um juiz que, ainda quando auxiliado por um perito, não detém o conhecimento aprofundado a respeito do tema, ou não conhece de particularidades e práticas de determinada situação concreta”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil – Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados*. p.461.

⁵⁰⁶ Expondo a questão, Fouchard (1937-2004), Gaillard e Goldman (1913-1993) destacam que “arbitration should be defined by reference to two constituent elements which commentators and the courts almost unanimously recognize. First, the arbitrators' task is to resolve a dispute. Second, the source of this judicial role is a contract: the arbitrators' power to decide a dispute originates in the common intention of the parties. Thus, arbitration comprises both a judicial (§ 1) and a contractual element (§ 2)”. FOUCHARD, Philippe. GAILLARD, Emmanuel. GOLDMAN, Berthold. *On International Commercial Arbitration*. Boston: Kluwer Law International, 1999. p.11.

⁵⁰⁷ “The most obvious *fora* for all disputes are natural courts. They exist and are maintained by the state to provide a dispute settlement service for parties. It is a manifestation of state power and the responsibility of the state to ensure that courts exist, that appropriately qualified judges are appointed, that there are procedural rules to regulate the basis of jurisdiction and the conduct of cases before the court. Arbitration is not a national court procedure. When parties agree to arbitration they remove their relationships and disputes from the jurisdiction of national courts. There are many reasons for parties to decide that their disputes should be resolved other than in the national courts”. LEW, Julian D. MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwers Law International, 2003. p.04.

⁵⁰⁸ “Condição *sine qua non* para a utilização da arbitragem é a capacidade dos contratantes, sem o que não pode ser firmada a convenção de arbitragem (...) considerando que a instituição do juízo arbitral pressupõe a disponibilidade do direito, não podem instaurar processo arbitral aqueles que tenham apenas poderes de administração sobre o bem”. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 3 rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p.37.

matéria passível de análise pelo juízo arbitral ⁵⁰⁹. A questão remete ao próprio fato de vivermos em um ambiente marcado pela *centralidade* estatal: diante da função pública de *garante* dos direitos fundamentais, o método alternativo acabaria podendo ser aplicado unicamente para matérias que o Estado-juiz não considerasse necessário atrair para si. Em nossa atual estrutura, essa prerrogativa é limitada aos interesses *disponíveis* de conteúdo *patrimonial*, evitando que o campo se preste a distorções.

Com a filtragem objetiva e subjetiva, pretende-se assim preservar a idoneidade do mecanismo e controlar o seu âmbito de atuação ⁵¹⁰. A essa altura, porém, seria possível formular alguns questionamentos: se a arbitragem também possui em sua base a *heterocomposição*, o que justificaria seu uso? Por qual motivo as partes optariam por conduzir o litígio a uma instância decisória diversa do Judiciário estatal?

Em descrição sumária, a resposta a essas provocações parece passar essencialmente por dois aspectos. O primeiro, de índole estrutural, guarda relação com a própria origem do instituto. Já o segundo, aderente à realidade brasileira, estaria fincado na crise endêmica do nosso Poder Judiciário. Nos dois casos, o recurso à arbitragem configuraria uma alternativa mais conveniente para acertar o caso, diante de suas peculiaridades.

No que se refere ao primeiro dos itens, a questão central está no fato de a arbitragem permitir que a disputa seja resolvida conforme parâmetros *técnicos e específicos* ⁵¹¹. Essa questão é imanente ao desenvolvimento do tema e, em um Judiciário marcado pelo

⁵⁰⁹ Sobre o tema, Carmona destaca que “não basta a capacidade para submeter aos árbitros um litígio: é necessário ainda que a desavença diga respeito a direito patrimonial disponível”, salientando que “são arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem”. Na mesma linha, Lew, Mistelis e Kröll pontuam que “arbitrability is one of the issues where the contractual and jurisdictional natures of international commercial arbitration meet head on. It involves the simple question of what types of issues can and cannot be submitted to arbitration (...) national laws often impose restrictions or limitation on what matters can be referred to and resolved by arbitration”. Assim, CARMONA, Carlos Alberto. Ob. cit. p.38-39. LEW, Julian D. MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan. Ob. cit. p.187.

⁵¹⁰ Sintetizando esse escopo, Fouchard, Gaillard e Goldman afirmam que “an arbitration agreement to be effective (...) must be the result of the valid consent of the parties. However, it must also be lawful. This means, first, that the agreement must relate to subject-matter which is capable of being resolved by arbitration and, second, that the agreement must have been entered into by parties entitled to submit their disputes to arbitration. These considerations are referred to under the heading of arbitrability, and are founded upon the protection of the general interest”. FOUCHARD, Philippe. GAILLARD, Emmanuel. GOLDMAN, Berthold. Ob. cit. p.312.

⁵¹¹ “Não há como deixar de destacar a diferença qualitativa entre a jurisdição e a arbitragem. Se a arbitragem pode ser preferida por contar com árbitros conhecedores de técnicas específicas relacionadas a determinados conflitos, cuja legitimidade decisória deriva da autonomia das partes, além de ser sigilosa e mais rápida, não há como esquecer que a jurisdição é marcada, além de outras, pelas regras da investidura, da indelegabilidade, e do juiz natural, cujo fundamento de validade deriva da soberania estatal e da observância das normas constitucionais”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil – Teoria do Processo Civil*. p.175.

generalismo, pode ser de grande valia ⁵¹². Se no campo estatal a decisão é vagamente deslocada para a esfera pública, na arbitragem é possível escolher de forma *personalíssima* o indivíduo responsável pela resposta. Assegura-se assim a expertise de seu pronunciamento, formando um cenário relevante para litígios com alto grau de complexidade.

Já em relação ao segundo argumento, o ponto de origem também estaria na limitação do nosso Judiciário, mas sob outro viés. É que, se é sabido que o processo civil brasileiro é moroso e burocrático, a arbitragem poderia representar uma alternativa mais dinâmica e célere (servindo menos como uma figura complementar e mais como uma válvula de substituição ⁵¹³). A resposta seria assim obtida de maneira consideravelmente mais rápida, pacificando a disputa sem que seus efeitos pudessem se eternizar no tempo; colocar-se-ia uma pedra sobre o conflito, permitindo com maior agilidade a continuação do vínculo a partir dos seus novos parâmetros.

Considerando esse quadro, o recurso à arbitragem teria como justificativa elementar a possibilidade de oferecer uma resposta *temporal* e *qualitativamente* mais adequada. E, partindo desse elemento, também aqui haveria quem pudesse reputar a alternativa como uma figura conexa ao acesso à justiça: para cada litígio conduzido à arbitragem, haveria uma disputa a menos a ser julgada em sede jurisdicional. Nesses termos, a ascensão da arbitragem seria a um só tempo uma *consequência* e uma *alternativa à crise* da jurisdição estatal ⁵¹⁴.

⁵¹² “A estrutura jurídica implica naturalmente a celebração de juízes generalistas, uma vez mais “aptos” ao trato de situações disformes. Por outro lado, é plausível a desejabilidade de juiz especializado em cortes, de mesmo modo, especializadas. (...) para que se torne mais clara a prévia exposição, tomemos como exemplo a especialização na medicina. Espera-se, ao se dirigir a uma clínica ortopédica, tratar com um ortopedista que, dotado de elevado grau de especialização, seja capaz de identificar e, eventualmente, curar algum mal. No entanto, quando se tem dúvidas acerca da especialização médica competente, recorre-se a um clínico geral que, apesar de amplos conhecimentos médicos, limitar-se-á a mero prognóstico e, geralmente, recomendará um especialista. É incompatível a clínica ortopédica com um clínico geral, sendo válida a recíproca. A análise anterior rodeia a estrutura da justiça americana, aplicando-se apropriadamente e sem óbices à nossa própria, desde que tomados os cuidados advertidos”. LAZARI, Igor de. BOLONHA, Carlos. RANGEL, Henrique. A relevância dos limites discricionários do juiz generalista. In. *Revista Direito GV*. n.18. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2013. p.419-420.

⁵¹³ Nesse prisma, Resnik afirma, sobre os defensores dos meios alternativos, que “they often also comment that they are not advocating changes in adjudication (...) building in complementary resolution methods, not usurping current adjudicatory procedures (...) At other points, ADR proponents claim not that ADR is supplementary to but that it mirrors adjudication (...) Two descriptions of ADR and adjudication can therefore be identified, both assuming compatibility but for different reasons. Under one vision, ADR and adjudication are distinct and complementary; one supplements the other. Under the other, the two forms are more similar than distinct. ADR is sufficiently close to adjudication that the two are compatible”. RESNIK, Judith. *Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication*. p.253-254.

⁵¹⁴ Até porque, como reconhecido por Posner, “an economist would consider it natural that a surge in federal caseloads should have led the judiciary and the legal profession to seek to encourage substitute methods of dispute resolution for full-scale federal litigation. The surge increased the (nonmonetary) cost of full-scale federal litigation, and when the cost of a product or service rises, substitutes become more attractive. One substitute for federal judicial services is arbitration, so it is not surprising that the federal courts have become increasingly hospitable to arbitration”. Também realizando esse tipo de aproximação entre a *crise* de segurança

9.4. “Acesso à justiça”: a leitura panprocessual e o ceticismo moderado

Contudo, a postura que é aqui proposta não permite que esse tipo de discurso seja aceito sem maiores problematizações. Afinal, o avanço dos meios alternativos realmente contribuiria para a melhoria do “acesso à justiça”? Esse argumento assumiria um papel determinante para uma conformação mais adequada do processo civil?

Para desembaralhar esse jogo de cartas, tomemos como primeiro objeto de análise a conciliação e a mediação. Como visto, tanto em uma quanto na outra o elemento chave é a tentativa de fazer com que as próprias partes componham o seu litígio, mediante diálogo e concessões. Em ambas, reconhece-se que, embora o conflito seja inevitável, é desejável que os envolvidos procurem chegar a um denominador comum.

Já se mencionou que essa espécie de análise vem assumindo papel crescente em nossa doutrina e em nosso ordenamento. Como exemplo, basta mencionar a atenção dedicada à matéria pelo novo Código de Processo Civil, majorando o espaço para que o Judiciário persiga à *autocomposição* ⁵¹⁵. Entretanto, por mais que o discurso seja teoricamente adequado, o seu confronto com a realidade enseja novas dúvidas: é razoável sustentar que a possibilidade de acordo *sempre* estará presente? Quais os estímulos apresentados às partes para que se inclinem a essa opção? Como isso poderia desonerar a estrutura judiciária?

Identificando cada um desses pontos, percebemos que o quebra-cabeça relacionado à questão é mais complexo do que se poderia supor. Primeiramente porque, por força da própria natureza conflituosa do processo e da inafastabilidade da jurisdição, essa possibilidade de acerto sempre possuirá *limites* em sua incidência. Em síntese, o direito processual possui a *disputa* em sua gênese, e em nosso atual cenário não há como *impor* que as partes cheguem ao acordo. A Constituição Federal de 1988, em sua leitura mais comum, não toleraria esse tipo de estipulação ⁵¹⁶.

da resposta estatal e o avanço dos meios alternativos, mas a partir de uma abordagem de fundo mais filosófico (e menos econômico), coloca-se Oscar G. Chase. Assim, ver, POSNER, Richard. *The Federal Courts – challenges and reforms*. p.237. CHASE, Oscar G. Ob. cit. p.257-258.

⁵¹⁵ Afinal, já em sua nova “parte geral” o legislador pontua que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (art.3º, §3º). Indo além, dedica-se uma seção específica para a descrição das atividades e atribuições dos mediadores e conciliadores judiciais (art.165 e ss.) e estabelece-se como primeira etapa do procedimento comum uma (obrigatória) “audiência de conciliação ou de mediação” (Capítulo V, art.334).

⁵¹⁶ Nas palavras de Mancuso, “a cultura *demandista* ou *judiciarista* instalou-se de forma crescente na sociedade brasileira, em boa medida por conta de uma leitura exacerbada, quicá ingênua e irrealista, da garantia de acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), por modo que o Judiciário converteu-se no desaguadouro geral e indiscriminado de toda e qualquer pretensão resistida ou insatisfeita, albergando até mesmo as desavenças que beiram o mero capricho ou o espírito de emulação, passando pelas controvérsias de mínima expressão pecuniária ou nenhuma

A premissa faz com que o aumento de efetividade da *mediação* e da *conciliação* pressupusesse uma releitura de modais, conferindo protagonismo a um aspecto elementar à análise *cética*. Trata-se da visão do processo como um jogo de *interesses*; como um campo em que as ações são pautadas por *payoffs* ⁵¹⁷. Nesses termos, por mais que haja hipóteses em que os litigantes não atingirão qualquer tipo de composição, seria cabível *estimulá-los* nesse sentido. Desmitificado o “acesso à justiça” universal, constatamos que esse tipo de estratégia pode contribuir para o seu aprimoramento concreto, aproximando os livros do mundo real.

De fato, considerando que as partes são orientadas no curso do processo pelo seu melhor interesse, há uma relação inversamente proporcional entre o incentivo ao *acordo* e o incentivo ao *litígio*: quanto mais favorável for o seguimento da ação, menor será a probabilidade de que se chegue a um meio-termo ⁵¹⁸. Em resumo, o *incentivo* à autocomposição pressupõe um *desincentivo* ao processo. Somente levando esse dado em consideração é possível extrair alguma vantagem ampla dessa modalidade resolutiva. Como exemplo, veja-se que o papel de protagonismo do *acordo* no direito norte-americano é em boa conta explicado pelos elevados *custos* inerentes ao processo e à sua instrução ⁵¹⁹. Contrariamente, em um ambiente no qual se amplia ao máximo a possibilidade de ingresso em juízo, essa efetividade será menos comum.

Com esse suporte, percebemos que a posição geralmente conferida em nossa realidade a essa via alternativa é extremamente questionável. De forma desatenta às peculiaridades do caso, prevê-se a realização de uma audiência *conciliatória* necessária e genérica, sem instituir estímulos claros e suficientes para que se chegue a uma composição

complexidade jurídica. Umas e outras, em verdade, não justificam a judicialização, na esteira do sábio aviso romano – *de minimis non curat praetor* – podendo e devendo ser resolvidas por outros meios, perante outras instâncias, fora e além do aparato judiciário estatal”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. p.108.

⁵¹⁷ Vide item 6.1.

⁵¹⁸ A questão é explicada no pensamento de Cooter e Ulen, salientando-se que “most disputes are resolved without resorting to trial (...) bargaining is more importante than trials for the resolution of most disputes. However, bargaining occurs *in the shadow of the law*. In other words, expectations about trials determines the outcomes of bargains (...) in a civil dispute, and agreement to settle out of court can replicate any judgment that the court would have reached after a trial (...) thus, a settlement could achieve the same outcome as a trial, and the parties would save the costs of litigations. The savings in the cost of a trial could have been divided between the parties, making both of them better off. For any trial, a settlement usually exists that makes both parties better off, so trials are usually inefficient”. COOTER, Robert. ULEN, Thomas. Ob. cit. p.398-399.

⁵¹⁹ Como observado por Galanter, “for a long time, the great majority of cases of almost every kind in both federal and state courts have terminated by settlement. This reflects the exigencies of litigation, which lead parties to trade off the possibility of preferred outcomes for avoidance of the costs and risks of proceeding through trial. It also reflects the architecture of the system, which has capacity to give full treatment to only a minority of the matters entitled to invoke it. Instead, it relies on a combination of cost barriers (not only out of pocket expenditures, but queues and risk) to induce parties to abandon claims or negotiate a settlement on the basis of the signals and markers that it generates”. GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. In. *Journal of Empirical Legal Studies*. n.3. v.1. Ithaca: Cornell University Law School, 2004. p.515-516.

consensual. Para completar o cenário, é praxe que as audiências sejam conduzidas por agentes que não possuem o conhecimento prévio do litígio, não podendo adotar quaisquer das *técnicas* disponíveis para facilitar a resolução⁵²⁰. Faz-se do ato uma mera *formalidade*; um esforço desnecessário, incapaz de contribuir globalmente para o “acesso à justiça” e para o ambiente social.

Com esse quadro, observamos ainda que as mesmas críticas direcionadas à autocomposição também atingem em boa conta a atuação prática da arbitragem. É que, por mais que os mecanismos sejam estruturalmente diversos, ambos encontram barreiras *materiais* relacionadas à ideologia centralizadora do Poder Público e à oferta pródiga de acesso aos Tribunais. Nos dois casos, caminha-se na contramão da efetividade, em uma medida que merece olhares atentos.

Essa ressalva encontra como primeiro pilar a necessidade de que, para operar de maneira hígida, a arbitragem seja instaurada em um contexto de respeito aos seus *corolários estruturais*. E nisso se inclui a renúncia à jurisdição estatal. Em suma, de nada adiantaria submeter determinado conflito ao juízo arbitral caso, posteriormente, fosse possível requerer sua reapreciação no âmbito judicial. A questão é de coerência lógica, fazendo com que a efetividade do meio alternativo dependa da autocontenção do Judiciário. E, em relação a esse aspecto, nossa jurisprudência ainda claudica.

Realmente, por mais que haja posicionamento do Superior Tribunal de Justiça protetivo à arbitragem⁵²¹, há ainda espaço latente para que o Judiciário revise o conteúdo de suas decisões. Com isso, o recurso a essa via resolutiva pode se tornar inútil: sabendo que a parte sucumbente poderá impugnar a decisão arbitral, não haveria qualquer motivo para que alguém desejasse se submeter à arbitragem. O cenário exige uma escolha: ou reconhece-se a limitação judicial, protegendo o instituto, ou é mais honesto negar peremptoriamente a sua

⁵²⁰ Reconhecendo essa pluralidade, e os seus impactos na própria modulação prática da tentativa de autocomposição, Gabbay afirma que “não há uma definição única de mediação nem um consenso quanto a suas características e seus objetivos. Isso reflete a diversidade de pensamento e perspectivas, e as Escolas de mediação demonstram estas diferenças, inclusive ideológicas, com um caráter descritivo e também prescritivo de como a mediação deve ser realizada”. Ainda sobre o tema, e demonstrando como a *maleabilidade* das noções e das técnicas inerentes à mediação impacta qualquer tipo de avaliação de sua qualidade, coloca-se Robert Baruch Bush, levando a uma simples advertência: um mesmo modelo não pode servir para todos os casos. Assim, GABBAY, Daniela Monteiro. Ob. cit. p.50. BUSH, Robert Baruch. One Size Does Not Fit All: A Pluralistic Approach to Mediator Performance Testing and Quality Assurance. In. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. n. 19. Columbus: The Ohio State University, 2005. p.965.

⁵²¹ Veja-se, por exemplo, que a Corte já estabeleceu que “não é possível a análise do mérito da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, sendo, contudo, viável a apreciação de eventual nulidade no procedimento arbitral” (REsp 693.219/PR, julgamento em 19 de abril de 2005). Nesses termos, seria colocado um entrave à revisão judiciária das decisões de mérito proferidas no âmbito arbitral, sendo dado ao julgador analisar sua *validade*, mas não o seu *conteúdo*.

vigência. E, diante da separação entre “acesso à justiça” e “acesso aos Tribunais”, parece-nos mais razoável adotar a primeira opção ⁵²².

Além desse elemento, há ainda outro tempero que deve ser acrescentado ao caldo teórico. É que, considerando a vocação da arbitragem para a resolução de litígios *complexos* e *específicos*, nem todos os conflitos encontrariam ali o seu campo ideal. É certo que os elevados custos inerentes ao instituto fazem com que sua atuação na realidade brasileira seja ainda mais restrita do que se deveria supor. Porém, ampliar sua porta de entrada de maneira exagerada poderia introduzir em seu âmbito boa parte dos problemas que marcam o Judiciário, fazendo com que o seu próprio elemento central (relacionado à *qualidade* da decisão) saísse abalado.

Diante dessa figura, a aplicação atribuída no direito brasileiro aos “meios alternativos” não parece capaz de por si só trazer a melhoria necessária ao nosso contexto social.

Para demonstrar esse ponto, lançamos mão de uma breve analogia: suponhamos que um *campus* universitário frequentado por dois mil alunos possui uma única biblioteca provida de cinco computadores, gerando um cenário caótico e prejudicial ao acesso à informação. Imaginemos, porém, que dez alunos adquirem seus próprios *laptops* e passam a utilizá-los dentro da instituição. Nessa hipótese, haveria uma melhoria global para a comunidade acadêmica?

A resposta é tímida. Afinal, por mais que não restem dúvidas de que tais estudantes teriam suas necessidades *pessoais* mais bem atendidas, a alteração trazida ao quadro geral seria sutil e limitada. Para corrigir a distorção, caberia à reitoria adotar medidas capazes de combater o problema em sua essência, construindo uma nova sala de informática ou, se preciso, limitando o tempo de permanência individual no computador. Além disso, seria possível reconhecer sua insuficiência, estimulando o uso de computadores pessoais e criando incentivos (como melhores guarda-volumes) para esse fim.

⁵²² Conforme destacado por Talamini, ao defender a valorização do “meio alternativo” em debate, “ao se reconhecer a liberdade das partes no emprego da arbitragem, está admitindo-se que elas possam optar pelo mecanismo de solução do conflito que lhes pareça mais compatível com as necessidades concretas da situação litigiosa. Características como a celeridade, a aptidão de o procedimento ser moldado em conformidade com as peculiaridades que a instrução exigirá, a informalidade etc. tendem a fazer do processo arbitral um meio mais eficiente de tutela, em determinados casos. Nesse sentido, o instituto da arbitragem é consentâneo com a diretriz constitucional de busca de tutela efetiva e adequada. Por isso, a arbitragem não pode constituir um entrave no sentido oposto. Ela não pode funcionar como um obstáculo à tutela plena e adequada. Ao Estado não é dado criar dificuldades a que as partes recorram a ele, quando disciplina mecanismos de facilitação da composição por meios alternativos – seja a arbitragem ou qualquer outro. Então, em todos os casos em que o processo arbitral não for por si só apto a propiciar proteção integral e efetiva, cumpre reconhecer o acesso à via judicial apta a viabilizar tal tutela”. TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e a Tutela Provisória no Código de Processo Civil de 2015*. p.288 e ss.

Problematizando o exemplo, acreditamos que a mesma mentalidade se aplica ao papel atualmente desempenhado pelos *ADR* em nossa realidade. Também aqui, os sujeitos que possuem a prerrogativa de se valer do meio alternativo tendem a ser *legitimamente* beneficiados, mas o efeito geral é finito ⁵²³ (especialmente se desacompanhado de verdadeiras modificações culturais ⁵²⁴). Como, então, atar as pontas do problema?

O quebra-cabeça é desafiador, não aceitando respostas fáceis e demandando cautela. Contudo, acreditamos que essa jornada é facilitada pela apreciação *panprocessual*. Com isso, corrobora-se o percurso que é aqui proposto: o *ceticismo moderado*, por meio de seu juízo de indagações, permite a desconstrução do processo; a partir desse cenário, a lógica *panprocessual* se apresenta como uma possibilidade de recomposição, propondo-se a aproximar o processo de suas condições e de suas necessidades reais.

Consideramos que, sob essa perspectiva, surgem dois pontos de apoio essenciais para o aprimoramento do tema. O primeiro é dado pela percepção de que obter *justiça* não corresponde a ingressar no *Judiciário*. Já o segundo é fornecido pela compreensão de que o próprio acesso ao *Judiciário*, contemporaneamente, exige que se reconstrua o processo civil tradicional. Com esse enfoque, caminha-se em um sentido mais aderente à nossa realidade e

⁵²³ Concorde-se, assim, com Rodolfo de Camargo Mancuso, para quem, “aparentemente, o crescimento dos chamados *meios alternativos* de resolução de conflitos se explicaria pela baixa efetividade da Justiça estatal, ou seja: quanto mais piora o desempenho do serviço estatal de distribuição de Justiça, mais cresceriam, em número, modalidades e credibilidade, os *equivalentes jurisdicionais*. Essa lógica do “quanto pior, melhor”, todavia, não deve ser buscada, nem incentivada, porque, ao fim e ao cabo, levará a um jogo de *soma zero*, em que todos perderão: a Justiça estatal continuará deficitária em qualidade e produtividade, e as instâncias paraestatais não conseguirão recepcionar o afluxo dos litigantes decepcionados com o *Judiciário*. Com efeito, os *meios alternativos*, pelo fato de não terem seu custeio provido pelo Estado, têm crescimento limitado, não podendo acompanhar *pari passu* o aumento da demanda por uma Justiça célere, informal e de baixo custo: de outra parte, a parca eficiência da Justiça estatal deve ser combatida por *todos os meios* disponíveis (...) portanto, tanto é insustentável (e discriminatória) a postura depreciativa em face dos meios alternativos (...) como também o é a postura derrotista em face da Justiça estatal”. Na mesma linha, Galanter e Lande, estabelecendo que “In a world in which the governmental machinery for redressing injustice does not have the capacity to handle all of its potential business, it is good that government is not the only producer of justice. But government is not only the largest single producer of justice, it also regulates the trade injustice services, directly (by prescribing some procedures of private courts) and indirectly (by establishing public norms influencing private courts and by selectively enforcing decisions) (...) Attention to private alternatives should not be an excuse to permit public courts to decay. We believe that public courts will continue to play the preeminent role in the administration of justice and accordingly deserve undiminished support”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. p.273-274. GALANTER, Marc. LANDE, John. Private Courts and Public Authority. In. *Studies in Law, Political, Society*. n.12. London: Jai Press, 1992.

⁵²⁴ Conforme Auerbach, em conclusão plenamente aplicável à nossa realidade, “é uma fantasia acreditar que a mediação ou a arbitragem podem agora alcançar o que o direito não conseguiu. A deificação feita pelos norte-americanos dos direitos individuais requer um sistema legal acessível para sua proteção. É compreensível que a descrença nas capacidades desse sistema leve a um anseio por alternativas. Mas não se deve permitir que a retórica de “comunidade” e “justiça” esconda a deterioração da vida comunitária e a desconstrução de noções substantivas de justiça que acompanharam o seu fim. Há inúmeras razões para que os valores historicamente associados à justiça informal permaneçam atrativos: principalmente a preferência pela confiança, harmonia e reciprocidade num contexto comunitário. Mas estes não são, porém, os valores que a sociedade norte-americana encoraja ou sustenta; diante de sua ausência, não há qualquer alternativa efetiva às instituições legais”. AUERBACH, Jerold S. Ob. cit. p.60.

às exigências trazidas pelo seu cotidiano.

A premissa a ser inicialmente firmada, permitindo esse trajeto, é que “acesso à justiça” *não é sinônimo* de “acesso aos Tribunais”. O primeiro termo designa um objetivo mais amplo, para o qual o segundo serve apenas como *um* dos meios disponíveis. Diante de determinado conflito, o que o indivíduo usualmente almeja é um *bem da vida*; uma *prestação material*, que pode assumir diferentes conteúdos. E, caso seja obtida, pouco importará se o responsável pela sua imposição será ou não o Judiciário.

Nesse sentido, assegura-se “acesso à justiça” tanto ao indivíduo que recebe um medicamento em um posto de saúde quanto àquele o obtém mediante ordem judicial. Também é assim que, após um inadimplemento contratual, a “justiça” será prestada pelo pagamento da indenização, seja ou não em juízo. Em qualquer dos casos, o que interessa é a *tutela*, e não o percurso que a antecede. É a partir dessa base que o “acesso à justiça” pode passar por um discurso de *desjudicialização*, conferindo atuação mais ativa a agências reguladoras e reconhecendo a impossibilidade de que o direito processual absorva todos os problemas da sociedade ⁵²⁵.

Da mesma forma, essa problematização mais ampla também recomenda que o próprio processo civil tradicional seja reavaliado, colocando em debate aspectos de cariz técnico e axiológico. Um exemplo dessa questão é trazido pela tutela coletiva de direitos. Aqui, coloca-se em pauta a proteção aglutinada de interesses essencialmente individuais, alterando-se apenas a via procedimental a ser seguida. Em outros termos, o traço coletivo está apenas na aglutinação processual, tratando-se de uma *opção* ⁵²⁶.

⁵²⁵ Em sentido contrário, veja-se a posição trazida por Philip Hamburger, para quem a resolução de questões pela via administrativa (especialmente, pelas agências) constituiria um ponto de apoio para o esvaziamento do devido processo legal – ao menos na realidade norte-americana. É que, em linhas gerais, o autor argumenta que o sistema jurisdicional (estadunidense) teria sido inteiramente construído de modo a conceber o “juízo pelos pares” (isso é, pelo Judiciário) como uma garantia contra o arbítrio estatal; essa questão estaria no cerne do modelo de *common law*. Assim, ao deslocar atribuições para outras esferas, haveria um rompimento com essa premissa, tendendo à “tirania” e à “injustiça”. Assim, *passim*, HAMBURGER, Philip. *Is Administrative Law Unlawful?*. Chicago: The University of Chicago Press, 2014. Por outro lado, fazendo duras críticas a esse pensamento (tanto por eventuais equívocos em suas premissas, quanto por possíveis desvios em suas conclusões), cita-se VERMEULE, Adrian. ‘No’: Review of Philip Hamburger, ‘Is Administrative Law Unlawful?’. In: *Texas Law Review*. v.93. Austin: University of Texas School of Law, 2014. p.1547 e ss.

⁵²⁶ Como afirma Arenhart, “a técnica de coletivização do tratamento das questões individuais, a rigor, é simplesmente uma forma de racionalizar a prestação do serviço jurisdicional, sem que se possa ver aí qualquer espécie de violação às garantias das partes”. Na mesma linha, Teori Zavascki salienta que “os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera e nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles (...) Os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art. 46 do CPC (nomeadamente em seus incs. II e IV), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo”. Também, Teresa Wambier, destacando que “a hipótese de ação coletiva para veicular pedido de proteção

Para demonstrar o que se expõe, tomemos como exemplo o caso de um sujeito que é vítima de cobranças ilegais por parte da sua companhia de telefonia celular, tornando-se notório que o mesmo débito tem sido aplicado em desfavor de todos os consumidores da prestadora. Nessa situação, não se discute que o indivíduo poderia ingressar com uma demanda judicial pleiteando tanto o reconhecimento da ilicitude quanto a reparação pelos valores indevidamente cobrados. O processo civil clássico ofereceria instrumentos teoricamente idôneos para lidar com a situação.

Entretanto, caso se tratasse de cobranças de valor reduzido, essa idoneidade possuiria lastro material? Seria provável que os sujeitos ingressassem em juízo, procurando defender seus interesses?

Em um juízo sumário, as perguntas parecem retóricas. Seja pelo desconhecimento quanto à ilicitude da cobrança, seja pelo seu montante reduzido, seria provável que poucas medidas individuais fossem propostas. O “acesso à justiça” seria colocado em um ponto-cego, criando um problema que, por dispensar a ação individual, o processo coletivo poderia sanar.

Essa funcionalidade já foi percebida sucessivas vezes pela doutrina brasileira, estando distante de ser uma novidade⁵²⁷. E, além dela, há outro aspecto relacionado ao mecanismo que merece menção. É que, ao reunir litígios afins e permitir sua proteção em um único processo, a coletivização poderia abrir uma nova perspectiva para a estrutura judiciária⁵²⁸. Há um ganho na gestão dos recursos humanos e materiais, facilitando o exercício

a direitos individuais homogêneos consiste no tratamento processual “coletivizado” que se dá a pretensões substancialmente idênticas, que não justificariam (embora isto seja, evidentemente, possível) sob pena de se afrontar, com isso, o princípio da economia processual e de se criar o indesejável risco de haver decisões diferentes para situações ou casos idênticos, tratamento individualizado”. Ver, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. p. 186. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. 6 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014. p.34-35. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Litispêndência em ações coletivas*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 266.

⁵²⁷ Veja-se, por todos, o pensamento de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, salientando que “os danos (...) são frequentemente, se considerados separadamente, em termos econômicos, de pequena monta, fazendo com que, na relação custo-benefício, o ajuizamento de ações individuais seja desestimulante e, na prática, quase que inexistente, demonstrando, assim, a fragilidade e as deficiências em relação ao acesso à Justiça (...) com a cumulação de demandas, a situação tende a ser alterada (...) as ações coletivas, se bem estruturadas, podem ser, portanto, um efetivo instrumento para o aperfeiçoamento do acesso à Justiça (...)”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ob. cit. p. 28-29.

⁵²⁸ Conforme Gidi, “o objetivo mais imediato das ações coletivas é o de proporcionar eficiência e economia processual, ao permitir que uma multiplicidade de ações individuais repetitivas em tutela de uma mesma controvérsia seja substituída por uma única ação coletiva (...) a possibilidade de julgar em um único processo uma controvérsia complexa envolvendo inúmeras pessoas, por outro lado, representa uma notável economia para o Judiciário”. Na mesma linha, Laughlin afirma que “historically, the class action was developed as a mechanism to vindicate in one suit the claims of a group of individuals with common grievances. Three fundamental policy considerations underlie the class action concept: reducing the burden on the courts; eliminating the risk to parties of inconsistent determinations by different courts relating to the same issue; and most importantly, providing a vehicle for redressing small injuries to a large number of persons”. GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 26. LAUGHLIN, James P. *Federal*

jurisdicional.

A consequência desse esboço é que o mecanismo poderia contribuir para que o “acesso à justiça” pudesse ser aprimorado junto aos Tribunais. Viabiliza-se que um maior número de pretensões seja protegido, mas evita-se um custo estrutural desnecessário: se *mil* conflitos poderiam corresponder a *mil* interesses desprotegidos, ou a *mil* processos autônomos, a técnica permite que todos sejam tutelados por meio de apenas *um* ⁵²⁹.

É certo que essa funcionalidade passa por um sistema ótimo de tutela coletiva, distante de nossa realidade. De todo modo, para conformar o processo favoravelmente ao “acesso à justiça”, acreditamos que o argumento deveria ser avaliado (impondo ao teórico um exercício de humildade). O processo civil tradicional e a jurisdição estatal são incapazes de dar conta de tudo, sendo chegada a hora de conviver com esse vetor.

Appellate Review of the Grant or Denial of Class Action Status. In. *Boston College Industrial and Commercial Law Review*. n. 18. Boston: Boston College, 1976. p.101.

⁵²⁹ By adjudicating lots of otherwise separate suits in one proceeding, the class action avoids the high social costs of relitigating issues common to the different suits (...) there is considerable benefit in being able to litigate the common issues only once, and that benefit increases with the size of the class and the number of common issues”. BONE, Robert G. *The Economics of Civil Procedure*. p. 262.

10. O juízo de possibilidade e os “direitos processuais”

Considerando o capítulo anterior, vemos que ao problematizar-se a ideia de “acesso à justiça” a partir de uma leitura *cética* ela não passa imune a dúvidas. Com efeito, essa espécie de enfrentamento desconstrói certezas relacionadas ao tema, evidenciando a sua natureza maleável e permitindo sua reinterpretação com maior ênfase nas necessidades concretas; viabiliza, enfim, uma análise *panprocessual*.

Prosseguindo nesse tipo de observação, colocamos como último objeto de estudo outro aspecto elementar para a atuação do processo: o conteúdo atribuído às suas garantias. Como é notório, a atual aplicação da disciplina se encontra inserida em um contexto de diferentes valores e princípios, formando uma teia complexa e ensejando uma multiplicidade de discursos. Nesses termos, caberia mais uma vez indagar: há aqui algum argumento imutável? Existe espaço para construções absolutas?

Identificando essas provocações, notamos que a série de fundamentos trazidos ao longo da tese gera novas compreensões das regras do jogo. Mais que isso, oportuniza que o trabalho se desenvolva com outras lentes, aprimorando a efetividade jurisdicional.

10.1. O devido processo legal como chave hermenêutica

Para demonstrar essa conformação, colocamos como primeiro elemento de análise a ideia de “devido processo”, concebida por teóricos como Nelson Nery Jr. como núcleo central do processo civil contemporâneo e usualmente trazido como verdadeiro alicerce da disciplina⁵³⁰. Nesse sentido, é certo que a questão exerce hoje um papel de destaque. Entretanto, é preciso colocar também esse aspecto sob dúvidas: afinal, onde se situam as origens e as justificativas do “devido processo”? Qual a extensão dessa ideia? Como permitir que a noção exceda o plano teórico, alcançando efetividade material?

Iniciando esse resgate, podemos afirmar que a lógica do “devido processo legal” possui seu nascedouro no direito inglês, por mais que apenas após sua importação para o ordenamento norte-americano o “*due process*” tenha assumido essa formatação conceitual.⁵³¹

⁵³⁰ Inclusive, de acordo com o entendimento do autor, “bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies”. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. p. 79.

⁵³¹ Ver, WASSERMAN, Rhonda. *Procedural Due Process – A Reference Guide to the American Constitution*. Westport: Praeger, 2004.

De fato, naquela que é indicada como a manifestação inicial da garantia não se falava em “devido processo”, mas apenas na inviabilidade de que um indivíduo sofresse prejuízos à sua vida, à sua liberdade ou à sua propriedade sem que a “*law of the land*” tivesse sido respeitada.⁵³²

Para os presentes fins, o que importa nesse período é que a garantia possuía um traço claramente restritivo à atuação do Estado, conforme constata Issacharoff.⁵³³ De forma consentânea à própria mentalidade então vigente, sua lógica seria evitar a turbacão do indivíduo sem que houvesse a plena observância de garantias mínimas de liberdade. De acordo com Sunstein, porém, esse dado poderia ser lido sob duas formas: (i) de um lado, o “devido processo legal” efetivamente representaria uma proteção do indivíduo diante do Estado; (ii) de outro, porém, constituiria uma prerrogativa do Estado diante do sujeito.⁵³⁴ Nesta última lógica, a garantia não impediria que o ente estatal turbasse o indivíduo, exercendo função permissiva e exatamente oposta: a turbacão seria cabível e autorizada *desde que* respeitasse a “*law of the land*”.

De todo modo, o que se deve notar é que na base desse momento inicial do “*due process*” residia a vedacão de que o sujeito se tornasse “juiz da sua própria causa” (“*making a man judge of his own case*”).⁵³⁵ Tratava-se, assim, de uma proteção de caráter eminentemente procedimental, o que, inclusive, fez com que essa feição fosse concebida como “*procedural due process*”. O foco da cláusula era instituir balizas procedimentais mínimas para que ocorresse a intervenção do Estado, seja como permissivo ou como barreira para esta atuação.

Ao lado desse conteúdo inicial, porém, acabou se desenvolvendo no ambiente jurídico norte-americano outra face da garantia, decorrente da dilatacão de seu conteúdo e em momento cronológico posterior e: o “*substantial due process*”. Por mais que o “devido

⁵³² Conforme redacão da Magna Carta, datada de 1215, “nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exulatur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre” (“nenhum homem livre será detido ou preso, ou exilado, ou de qualquer forma destruído (...) exceto pelo julgamento legal de seus pares ou pelas leis do país”). É desta visão de “lei de seu país” que se extraiu a denominação da fórmula como *law of the land*.

⁵³³ “The concept of due process emerges from the central paradox in the creation of state authority. As framed in the American Constitution, for example, the due process command is directed as a negative limitation on what the state may do to the citizenry”. ISSACHAROFF, Samuel. *Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2005. p. 2.

⁵³⁴ Transcrevendo o voto dissidente de Scalia em *Lawrence v Texas*, Sunstein destaca a seguinte afirmação do *Justice*: “there is no right to “liberty” under the Due Process Clause (...) The Fourteenth Amendment expressly allows states to deprive their citizens of “liberty”, so long as “due process of law” is provided”. Manifestando-se sobre esta visão, Sunstein afirma que “fundamentalists don’t believe that the Constitution protects the right to privacy. In their view, government has no general duty to respect people’s choices about how to conduct their private lives”. Cita-se, SUNSTEIN, Cass R. *Radical in Robes – Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America?* New York: Perseus Books Group, 2005. p. 81.

⁵³⁵ ORTH, John V. *Due process of law – A brief history*. Lawrence: University Press of Kansas, 2003. p. 15-26.

processo” tenha sido positivado em nossa realidade nos *exatos termos* da Constituição estadunidense⁵³⁶, é certo que essa outra feição não encontrou aqui o mesmo impacto – como percebido por Nelson Nery Jr.⁵³⁷ e justificado por Humberto Ávila⁵³⁸. Não obstante, na análise comparada ora proposta, trata-se de uma carta que não pode ser deixada de fora da mesa.

Conforme Orth, a fórmula adotada neste momento como ponto de apoio passa a ser outra e a trazer consequências e resultados diversos. Se em sua feição procedimental o devido processo implicava a impossibilidade de o sujeito se tornar “juiz de sua própria causa”, aqui o preceito basilar é a ideia de “tirar de A e dar para B”.⁵³⁹ O conteúdo se torna mais material, e repercute diretamente nas possibilidades legislativas do Estado.

Concebendo a garantia como suporte de exclusão da atuação estatal, observamos que essa guinada no conteúdo do “*due process*” o tornou tema íntimo às diversas áreas do direito, incidindo verticalmente sobre os Poderes do Estado e servindo fielmente a uma consagração econômica da máxima do *laissez-faire*.⁵⁴⁰ Essa feição do “devido processo”, menos estudada

⁵³⁶ É o que se percebe tendo em conta que o art.5º, LIV, de nossa Constituição dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, ao passo que a 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos determina que “no person shall be (...) deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation” (previsão replicada na 14ª Emenda, regulando a conduta dos Estados Federados).

⁵³⁷ “A crítica que se faz à vetusta doutrina brasileira que, por traduzir literalmente a expressão inglesa *process* por “processo”, via no devido processo legal apenas sua manifestação processual, olvidando-se do aspecto de direito material ínsito à cláusula, pode ser, em certa medida, transferida a setores da doutrina brasileira contemporânea, quando se utilizam da expressão ‘justo processo’”. NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*, p. 88.

⁵³⁸ Isso porque, no entendimento de Ávila, o principal postulado a ser extraído do “*substantial due process*” seriam a necessidade de que a Administração atuasse de forma proporcional e razoável. E na realidade brasileira esse dois parâmetros seriam inerentes à nossa própria conformação constitucional, tornando desnecessário o recurso à cláusula do “devido processo” e fazendo com que o seu conteúdo se limitasse à esfera procedimental (em que, também, estaria sujeito a essas balizas). Nas palavras do autor, “considerando que a Constituição garante o “devido processo legal” (art. 5º, LIV, da CF/1988), indaga-se: é correto usar o dispositivo relativo ao “devido processo legal” como fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e de razoabilidade e, portanto, do chamado “devido processo legal substancial”? A resposta é não. (...) sendo os princípios de liberdade e igualdade os fundamentos dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade, o recurso ao dispositivo relativo ao “devido processo legal” como seu fundamento normativo, quando a Constituição já prevê os princípios de liberdade e igualdade, é desnecessário e redundante (...) a expressão relativa ao “devido processo legal” também é usada no sentido de “devido processo legal procedimental”. Antes de verificar se ela pode ser usada nesse sentido, pergunta-se: é correto usar o “devido processo legal” no sentido de “devido processo legal procedimental” em contraposição ao “devido processo legal substancial”? A resposta é negativa (...) Como são os próprios deveres de proporcionalidade e de razoabilidade que irão definir, ao lado de outros critérios, o que é um processo adequado ou justo, é equivocado afirmar que há um “devido processo legal procedimental”, entendido como direito a um processo adequado ou justo, separado do “devido processo legal substancial”, compreendido como exigência de proporcionalidade e de razoabilidade (...) o dispositivo relativo ao “devido processo legal” deve, portanto, ser entendido no sentido de um princípio unicamente procedimental”. ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? In. *Revista de Processo*. n.163. São Paulo: Ed. RT, 2008. p.51 e ss.

⁵³⁹ ORTH, John V. Ob. cit., p. 33-36.

⁵⁴⁰ Sobre a íntima relação entre o *economic substantive due process* pautado especialmente pelo caso *Lochner* e a política econômica de *laissez-faire*, ver LINDSAY, Mathew J. In Search of ‘Laissez-Faire Constitutionalism’. *Harvard Law Review Forum*. n. 123. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

no direito brasileiro, modulou por anos o cenário político norte-americano, condicionando as escolhas administrativas e evitando que a intervenção estatal pudesse facilmente se concretizar. A cláusula era vista, acima de tudo, como uma proteção da autonomia contratual entre as partes e contra o Estado.

Neste período, o conteúdo aberto da garantia foi paulatinamente preenchido pela Suprema Corte Norte-Americana em uma série de casos que abordavam aspectos como a legalidade de fundos empregatícios compulsórios,⁵⁴¹ a possibilidade de instituição de salário mínimo⁵⁴² e os poderes do Estado para limitar a jornada máxima de trabalho.⁵⁴³ Esse caminho fez com que o poder público de regulação fosse severamente tolhido, culminando na interpretação dada ao “devido processo” no caso *Lochner*, cuja *ratio decidendi* marcou época - estabelecendo que, em atenção ao “*due process*”, a Administração Pública estaria sempre obrigada a comprovar que sua intervenção é “adequada, justa e apropriada”⁵⁴⁴.

Ocorre que, como visto ao longo da tese, a formatação estatal e a atuação do setor público não são estanques, sujeitando-se às adaptações exigidas por fatores como a legitimação junto à comunidade e a reprodução do modo de produção econômico. Foi neste sentido que, especialmente no governo Roosevelt, o Poder Executivo estadunidense passou a tentar instituir medidas intervencionistas consideradas politicamente necessárias, mas sucessivamente obstadas pelo “devido processo”.

De maneira breve, podemos dizer que o panorama gerou uma queda de braço entre os Poderes na qual o Judiciário foi derrotado: após a defesa por Roosevelt da alteração de critérios inerentes à Suprema Corte (relacionada à sua insatisfação com as limitações trazidas pelo parâmetro de *Lochner*), a jurisprudência reviu o posicionamento, deixando de depositar o fardo probatório sobre o Estado e presumindo a razoabilidade como dado implícito à atividade legislativa.⁵⁴⁵ Ainda no exame do “*substantive due process*”, poderíamos nos deparar com a

⁵⁴¹ Ver *Ives v South Buffalo Railway Co.* (1911)

⁵⁴² Ver *Adkins v Children's Hospital* (1923).

⁵⁴³ Ver *Lochner v New York* (1905), em cujo bojo acabou se definindo a própria fórmula que sustentou durante um vasto período de tempo a utilização do “devido processo substantivo” como mecanismo de bloqueio da atuação estatal na economia.

⁵⁴⁴ De acordo com o exposto pela Suprema Corte, estabelecendo o “teste” *Lochner*, que ganhou notoriedade e representou guia da jurisprudência durante boa parte do século XX, a questão que deveria ser averiguada para o exame da legalidade da conduta diante do *substantive due process* seria a seguinte: “is this a fair, reasonable and appropriate exercise of the police power of the State, or is it an unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right of the individual to his personal liberty (...)?”.

⁵⁴⁵ “President Franklin Roosevelt (...) began, and launched a remarkable assault on the Supreme Court of the United States (...) within days, the president's supporters in Congress introduced the Court Reform bill, better known as the “court-packing plan”, designed to secure a economic majority of justices to uphold the government's economic program (...) Roosevelt's Court Reform bill was never adopted, foundering on a public consensus that it would have too obviously politicized the judicial branch. But a majority of the sitting justices

modificação que seu fundo sofreu após a derrogação da cláusula *Lochner*, gradativamente assumindo conteúdo menos econômico e atingindo questões como a legalidade do aborto⁵⁴⁶. Em suma, criou-se assim espaço para que a atividade regulatória atingisse uma maior densidade “social”.⁵⁴⁷

Retornando à disciplina processual com esses olhares, constatamos que também aqui as modificações na estrutura e nas funções do ente estatal trouxeram à cláusula uma nova feição e evidenciaram sua plasticidade. Não é por acaso que, ao analisar historicamente o “devido processo”, Issacharoff o divide em três grandes fases: (i) o “*procedural due process*”; (ii) o “*substantial due process*”; e (iii) o “*due process functionalism*”.⁵⁴⁸ Isso ocorre porque as mudanças conjunturais fizeram com que a guinada funcionalista fosse vultosa o bastante para realmente poder ser vista como uma fase autônoma. Uma vez mais, a resolução de disputas acompanhou o fluxo da atmosfera que se encontra ao seu redor.

De fato, considerando a abertura do “devido processo legal” e as alterações que ao longo do último século se operaram na estrutura pública, seria natural que o “*due process*” de hoje não fosse o mesmo de tempos atrás. Torna-se necessário que o Judiciário atue constantemente no preenchimento hermenêutico da garantia e no seu realinhamento de conteúdo⁵⁴⁹. E, realmente, foram os Tribunais que conduziram ao “devido processo funcional”. Isso se deu em 1976 no julgamento do caso *Mathews v Eldridge*, cujos contornos ainda são em larga escala determinantes do entendimento que se tem no direito norte-

rather suddenly coalesced in support of the president’s program, abandoning economic substantive due process”. ORTH, John V. Ob. cit., p. 67-69.

⁵⁴⁶ O célebre caso *Roe v Wade*, julgado pela Suprema Corte em 1973 e até hoje referenciado pela doutrina norte-americana como um marco teórico em matéria de liberdades individuais e de possibilidades estatais em matérias como o aborto, foi decidido por maioria, prevalecendo (ainda que de maneira “balanceada”) a ideia de que o Estado não poderia suprir por completo a liberdade individual relacionada à escolha pela realização do aborto. Neste esboço é que a possibilidade de realização do aborto livre foi dividida de acordo com as três fases trimestrais da gravidez. Com efeito, ao analisar os aspectos em jogo a Corte fez menção expressa ao *due process*, afirmando que “state criminal abortion laws, like those involved here, that except from criminality only a life-saving procedure on the mother’s behalf without regard to the stage of her pregnancy and other interests involved violate the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, which protects against state action the right to privacy, including a woman’s qualified right to terminate her pregnancy. Though the State cannot override that right, it has legitimate interests in protecting both the pregnant woman’s health and the potentiality of human life, each of which interests grows and reaches a “compelling” point at various stages of the woman’s approach to term”.

⁵⁴⁷ “A regulação econômica propriamente dita tem por objecto e justificação a regulação dessa actividade em si e por si (entrada na actividade, mercados e preços, quantidade e natureza dos produtos etc.). A regulação social tem finalidades exteriores à actividade económica, como a protecção ambiental, a segurança e outros interesses dos consumidores”. MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 39.

⁵⁴⁸ ISSACHAROFF, Samuel. Ob. cit. p. 5-9.

⁵⁴⁹ “In a system based on precedent, nothing is ever truly lost. The history of the law of due process marked by the succession of paradigm cases has been accretive: new paradigms have added to the content of the law”. ORTH, John V. Ob. cit., p. 85.

americano a respeito do tema.

Em linhas gerais, após ter sido beneficiário de um auxílio-previdenciário por cerca de uma década, o então autor teve os pagamentos suspensos devido aos resultados de seus exames físicos e psiquiátricos. Conforme relatado no caso, para assegurar a observância do “*due process*” foi-lhe conferida, no curso do procedimento de cessação do benefício, a possibilidade de apresentar sua manifestação por escrito. Todavia, a decisão contrária aos seus interesses fez com que questionasse judicialmente a validade de todo o procedimento, argumentando o desrespeito à cláusula do “devido processo” por não lhe ter sido dada a oportunidade de “ser ouvido”.

Por mais que o argumento fosse compatível com o conteúdo conferido à garantia em sua origem e em todo o período no qual essa visão restritiva do Estado prevaleceu, a Suprema Corte deliberou ao analisar o litígio que “*o devido processo, diversamente de outras regras legais, não é uma concepção técnica com conteúdo fixado sem relação com o tempo, o espaço e as circunstâncias*”, “*é flexível e carrega as proteções processuais que a situação exigir*”.⁵⁵⁰

Com esse enfoque funcional, decidiu-se que o *due process*, de regra, exigiria a análise de três fatores: (i) “*o interesse privado afetado pela ação*”; (ii) “*o risco de uma lesão a este interesse*” ocorrer “*devido aos procedimentos utilizados*”, bem como sua comparação com os mesmos riscos na hipótese de acréscimos procedimentais; e (iii) “*o interesse governamental, incluindo a função envolvida e os ônus fiscais e administrativos que seriam impostos por um procedimento adicional ou substitutivo*”.⁵⁵¹ Em suma, não haveria mais espaço para considerar o devido processo como propriedade de fruição livre pelo sujeito, mas sim como filtro graduável contra o arbítrio estatal.⁵⁵² E é essa a leitura que, em linhas gerais, ainda hoje conforma a aplicação da garantia nos sistemas norte-americano e inglês.⁵⁵³

⁵⁵⁰ “Due process, unlike some legal rules, is not a technical conception with a fixed content unrelated to time, place, and circumstances” “is flexible and calls for such procedural protections as the particular situation demands”.

⁵⁵¹ “Due process generally requires consideration of three distinct factors: First, the private interest that will be affected by the official action; second, the risk of an erroneous deprivation of such interest through the procedures used, and the probable value, if any, of additional or substitute procedural safeguards; and finally, the Government’s interest, including the function involved and the fiscal and administrative burdens that the additional or substitute procedural requirement would entail”.

⁵⁵² “One way of understanding due process is an affirmative entitlement of the citizenry. Under this view (...) citizens may be thought of as having a right to a hearing and a right to notice, such that they can claim “ownership” of these against any type of adverse governmental action. Alternatively, due process may be characterized not as vesting the citizens with rights, but as imposing restraints on the state. Seen this way, due process is a check against arbitrary, capricious, or simply misguided conduct. And in addition, under this view, there might be gradations in terms of how fixed the requirements of due process are thought to be, or of whether they are more in the nature of prudential checks against mistake”. ISSACHAROFF, Samuel. Ob. cit., p. 6.

⁵⁵³ Retornando ao direito inglês, nascedouro da base do “devido processo”, vemos que o elemento pragmático também se evidenciou, em atenção ao próprio caráter instrumentalista do processo expresso no texto da *CPR*. É

Considerando esse pano de fundo, é chegado o momento de, *ceticamente*, redirecionar nossa atenção ao direito brasileiro. É que, ao importar a ideia de “devido processo”, nosso jurista também lhe conferiu especial importância, fazendo com que a garantia assumisse *status* constitucional e fosse usualmente trazida como pedra-de-toque da disciplina. Sendo assim, seria possível levantar um par de questionamentos: os aspectos acima seriam aplicáveis, também, à realidade brasileira? Qual a relevância em compreendê-los?

Enfrentando essas reflexões, não se discute que, em atenção à própria natureza contextual do processo, nem tudo o que é adequado para uma conjectura também será para outra. É assim que a compreensão do “devido processo” no ambiente brasileiro deve levar em conta as nossas próprias necessidades e características, fazendo com que parte da doutrina chegue a considerar mais oportuno se falar aqui em “processo justo”⁵⁵⁴. Contudo, o esboço acima revela um aspecto elementar, e que nos parece igualmente aplicável à nossa realidade: o fato de a garantia possuir um conteúdo essencialmente *maleável*. Em resumo, a sua dimensão deve ser fixada a partir de aspectos *temporais* e *culturais*, podendo assumir desdobramentos bastante diversos.

Esse cenário, ao mesmo tempo em que desperta a atenção para a característica flexível do “devido processo”, demonstra que há uma ampla abertura hermenêutica em seu cerne. Diferentes intérpretes podem possuir compreensões distintas a respeito de sua dimensão e de seus imperativos, mostrando que também aqui é necessário evitar bandeiras *absolutas* e *estanques*. É assim que o “devido processo” deve ser lido, compreendendo-se que

que no ordenamento normativo contemporâneo da Inglaterra a previsão textual ao *due process* simplesmente inexistente. Ali, como expressa John Orth, as “grandes frases” falharam, de sorte que se confia no próprio primado do *rule of law* para de algum modo conformar os poderes do Estado e as garantias individuais. Essa ausência de previsão do *due process*, aspecto também demonstrado por Marshall (1929-2003), não faz com que o sujeito seja absolutamente desguarnecido, pois sua proteção é função e dever de qualquer ordem jurídica democrática. Contudo, o cenário evidencia que o “devido processo legal” não é posto em sentido desvinculado da funcionalidade da disciplina. Assim, ORTH, John V. Ob. cit., p. 30-31. MARSHALL, Geoffrey. *Due Process in England*. In: PENNOCK, James Roland; CHAPMAN, John W. (orgs.). *Due Process*. New York: New York University Press, 1977.

⁵⁵⁴ É o caso de Daniel Mitidiero, que, analisando o tema, assim pontua: “a Constituição fala em devido processo legal (*due process of law*). A expressão é criticável no mínimo em duas frentes. Em primeiro lugar, porque remete ao contexto cultural do Estado de Direito (*Rechtsstaat*, *État Légal*), em que o processo era concebido unicamente como um anteparo ao arbítrio estatal, ao passo que hoje o Estado Constitucional (*Verfassungsstaat*, *État de Droit*) tem por missão colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo. Em segundo lugar, porque dá azo a que se procure, por conta da tradição estadunidense em que colhida, uma dimensão substancial à previsão (*substantive due process of law*), quando inexistente necessidade de pensá-la para além de sua dimensão processual no direito brasileiro”. E, a partir disso, conclui que “eis aí as razões pelas quais prefere a doutrina falar em direito ao processo justo (*giusto processo*, *procès équitable*, *faïres Verfahren*, *fair trial*) - além de culturalmente consentânea ao Estado Constitucional, essa desde logo revela o cariz puramente processual de seu conteúdo. O direito ao processo justo é um modelo mínimo de conformação do processo (...) é tarefa de todos que se encontram empenhados no império do Estado Constitucional delinear-lo e densificá-lo”. MITIDIERO, Daniel. *Direito Fundamental ao Processo Justo*. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil* n.45. Porto Alegre: Magister, 2011. p. 22 e ss.

qualquer discurso *imutável* a seu respeito é passível de rejeição; questionar “qual o processo devido” é colocar em pauta uma indagação sem resposta pronta ou universal ⁵⁵⁵.

Diante dessa premissa, evidencia-se o equívoco em admitir que a garantia seja utilizada como um argumento de autoridade vazio, transformando-se em “palavra oca” ⁵⁵⁶. Em síntese, no momento em que determinada técnica é rejeitada por se mostrar incompatível com o “devido processo”, é preciso dar um passo além: em que reside essa incompatibilidade? Qual o conteúdo que se atribui à garantia para atingir essa conclusão? Essa dimensão é realmente a mais adequada para o atual momento?

As questões demonstram que, por mais que o “*due process*” se coloque como um filtro qualitativo para a atuação jurisdicional, o seu preenchimento é um trabalho inconcluso e em constante atuação. Em uma analogia, ao questionar se determinada música é *rock’n roll* é preciso estabelecer o que se entende por *rock’n roll*, em um trabalho circular e criativo. O mesmo ocorre com o “devido processo”, sendo necessário reconhecer o seu caráter maleável e a sua sujeição ao debate.

10.2. O contraditório e sua extensão

Enfim, compreendendo que a linha-mestra do “devido processo” não possui um conteúdo estável e deve se adaptar às necessidades de determinado ambiente, é natural que a mesma conclusão seja obtida em relação às garantias que com ela dialogam. E é esse o caso da ideia de “contraditório”, vista também sob outros rótulos como direito de “participação”, direito de “ser ouvido” ou direito ao “dia no Tribunal”. Em qualquer dos casos, o substrato nuclear é o mesmo, coincidindo com a possibilidade de que o sujeito participe em juízo e influencie a decisão. E também aqui a abordagem *cética* leva à desconstrução de mitos, rompendo grandes ideias e demonstrando que o que há é um problema *contextual* de *legitimação*.

⁵⁵⁵ Nesse particular, porém, cabe mencionar a ressalva de Tamanaha, ao analisar os perigos inerentes a uma crença no primado do *rule of law* em sentido formalista. É que, conforme o autor, “the thin conception of the rule of law does not impose any requirements concerning the content of the law. This openness with respect to content renders the rule of law amenable to all sorts of cultures, societies and political systems. It does not specify the kinds of law a society must have, nor does it indicate any particular limits on the law. It requires only that government officials and citizens be bound by and act in accordance with the law, whatever the law might require. This also means that oppressive or immoral rules can be enacted—for example, imposing slavery, apartheid and religious or caste distinctions—without falling foul of the requirements of the rule of law”. Assim, TAMANAHA, Brian Z. Ob. cit. p.13.

⁵⁵⁶ A expressão é talhada por Paulo Freire (1921-1997), que lembra que a palavra, como sonoridade alienada, “se esvazia da dimensão concreta que deveria ter ou se transforma em palavra oca, em verbosidade alienada e alienante”, o que o leva a concluir, “que seja mais som que significação e, assim, melhor seria não dizê-la”. FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 57.

É interessante trazer para esse debate, mais uma vez, a análise comparada. Isso porque, ainda que cada contexto possua suas próprias peculiaridades, o teórico estrangeiro aparenta estar mais propenso a internalizar esse tipo de leitura *aderente* à realidade. Como exemplo, é valiosa a menção ao pensamento de Owen Fiss ao analisar o caso *Martin v Wilkins* (cuja matéria de mérito foi a possível implementação, pelo Corpo de Bombeiros, de medidas de ascensão profissional dos servidores negros)⁵⁵⁷. A contribuição é rica, acreditando-se que pode exercer papel decisivo na composição interpretativa de nosso direito processual.

Observando o caso, constata-se que a principal discussão travada pela Suprema Corte não se deu no entorno do acerto da medida ou de seu impacto sobre os bombeiros beneficiados, mas do prejuízo concreto que ela poderia trazer aos bombeiros brancos e da legalidade de sua adoção sem que lhes fosse assegurado o “dia no Tribunal”⁵⁵⁸. Pautando-se por uma perspectiva mais individualista do processo, concluiu-se ali que essa extensão não seria cabível⁵⁵⁹, sob pena de (contrariando o devido processo) ser-lhes furtado o “direito de participação”⁵⁶⁰.

Para Fiss, porém, o direito a ser assegurado para proteção do interesse material não seria o de *participação*, mas o de *representação*. Por consequência, seria incorreto afirmar de forma peremptória que uma decisão não poderia vincular indivíduos que não tivessem *participado* do debate⁵⁶¹. Em leitura partilhada por Clermont⁵⁶², a ideia mais adequada seria que “nenhum indivíduo poderia ser vinculado por uma decisão a não ser que tivesse seu

⁵⁵⁷ Por todos, ver FISS, Owen. The allure of individualism. *Iowa Law Review*. n. 78. Iowa City: Iowa Law Review, 1993.

⁵⁵⁸ “Some might let the matter rest with the Civil Rights Act, but I cannot because I fear that *Martin v. Wilks* is a due process, not a Rules decision. Rehnquist quoted Justice Brandeis’s opinion in *Chase National Bank v. Norwalk* and in so doing suggested that the Rules codify a more fundamental principle of our jurisprudence”. *Idem*, p. 967.

⁵⁵⁹ Nas palavras da Corte, em sua decisão, “one is not bound by a judgment in personam in a litigation in which he is not designated as a party or to which he has not been made a party by service of process”.

⁵⁶⁰ Let us further assume that this decree is subsequently attacked by persons such as the white firefighters who were not parties to the case but who will be adversely affected by the decree. They claim that the system of preferential treatment is a form of unjust discrimination and thus unconstitutional. In passing on this claim, the trial court might be constrained by considerations of *stare decisis* but not, according to *Martin v. Wilks*, by the tougher preclusion rules of *res judicata* and collateral estoppel. The trial court would have to give the white firefighters a full hearing on their claim even though, before entering the decree, the court had already concluded that such preferences were constitutional, indeed necessary, to correct for the past violations”. FISS, Owen. *The allure of individualism*. p. 969.

⁵⁶¹ “Of course, we might have to live with these consequences if the right of participation were constitutionally grounded, but that is far from clear. I believe that what the Constitution guarantees is not a right of participation, but rather what I will call a “right of representation”: not a day in court but the right to have one’s interest adequately represented”. *Idem*, p. 970-971.

⁵⁶² “Binding absentees does not contravene the Constitution, because all that due process guarantees is a full and fair day in court enjoyed in person or through a representative (...) Therefore, the always reasonable and realistic due process test allows binding many more nonparties than most people assume”. CLERMONT, Kevin M. *Principles of Civil Procedure*. Saint Paul: Thomson West, 2005. p. 387.

interesse adequadamente representado” em juízo ⁵⁶³. Tudo isso em atenção à sua análise mais ampla do “*due process*”, merecedora de transcrição literal: “*o devido processo requer que o processo seja justo, mas justiça é um ideal pragmático. Ela exige proteção ao indivíduo, mas não de uma forma que requeira o sacrifício*” de outras questões essenciais ⁵⁶⁴.

Assim, a preocupação deveria ter seu foco deslocado da participação para a representação,⁵⁶⁵ reconhecendo-se a impossibilidade de manutenção do arsenal interpretativo tradicional. Essa inversão de lógica foi posteriormente legislada na *Civil Right Act* de 1991⁵⁶⁶ e em outras exceções.⁵⁶⁷ Com especial ênfase, vejamos ainda que essa moldura é explicitamente adotada pela *Federal Rule 23*, permitindo a tutela coletiva de direitos por meio da *class action*.

Voltando à nossa realidade contemporânea, notamos que a visão que tem predominado na doutrina brasileira é bastante diversa dessa perspectiva mais instrumental. Como aspecto mais significativo dessa discrepância, é valioso lembrar a previsão textual, no novo Código de Processo Civil, de um “contraditório estendido”. Elege-se a amplitude de participação como um valor a ser decididamente protegido, colocando essa premissa como norte processual. Entretanto, diante dessa diferença de abordagens, caberia indagar: há alguma que possa se dizer correta? Seria possível afirmar que o contraditório *necessariamente* exigiria que as partes fossem ouvidas antes que de qualquer decisão?

Em atenção aos preceitos trazidos em momento anterior, as respostas são certamente negativas. Afinal, a postura *cética* contrapõe toda ideia de que haja um “*processo correto*”. A pluralidade argumentativa, a maleabilidade da esfera pública e a necessidade de adaptação do direito processual inviabilizam que se aceitem discursos prontos, fazendo com que a sua moldura esteja sempre sujeita a problematizações e a debates. Diante do nosso atual ambiente normativo, o lembrete é necessário e exige cautela.

Essa advertência é especialmente pertinente porque, a partir do instante em que o

⁵⁶³ “The right of representation provides that no individual can be bound by an adjudication unless his or her interest is adequately represented in the proceeding”. FISS, Owen. *The allure of individualism*. p. 971.

⁵⁶⁴ “Due process requires that procedures be fair, but fairness is a pragmatic ideal; it affords protection to the individual, but not in a way that would require the sacrifice of other important rights”. Idem. p.979.

⁵⁶⁵ “In large part this is because the representation that I speak of is not a representation of individuals but a representation of interests. It is not that every person has a right to be represented in structural litigation, but only that every interest must be represented. If an individual’s interest has been adequately represented then he or she has no further claim against the decree”. Idem, p. 972.

⁵⁶⁶ Conforme a seção 108 do *Civil Rights Act*, em seu item “B”, “a practice described in subparagraph (A) may not be challenged in a claim under the Constitutions or Federal civil rights laws: (ii) by a person whose interests were adequately represented by another person who had previously challenged the judgment or order on the same legal grounds and with a similar factual situation, unless there has been a intervening change in law or fact.”

⁵⁶⁷ WASSERMAN, Rhonda. Ob. cit., p. 194 e ss.

novo Código conferiu roupagem ampla ao contraditório, tornou-se comum afirmar que ela seria a *única* alternativa “*democraticamente*” aceitável ou compatível com a nossa Constituição. Entretanto, além de já se ter identificado que a inserção da *democracia* no campo do processo é potencialmente falaciosa, é preciso conferir maior humildade ao argumento. Como já percebido por Ovídio Baptista da Silva, a defesa da *plenitude* de participação é cabível, mas não representa um caminho exclusivo e certamente traz sacrifícios à atuação jurisdicional ⁵⁶⁸.

Nesse sentido, é interessante notar que mesmo modelos normativos análogos a essa ideia de “contraditório estendido”, como a formulação italiana da nulidade de *terza via*, não passaram incólumes a críticas e a problematizações doutrinárias ⁵⁶⁹. Reconhecida a natureza discursiva do debate, percebe-se a sua pluralidade interpretativa. Mais que isso, coloca-se novamente em cena o conflito maior entre *meios* e *resultados*, conforme transparece da descrição de Issacharoff ⁵⁷⁰. E nesse atrito não há assertividade *absoluta* em qualquer tipo de inclinação.

10.3. Celeridade processual: a outra face da moeda

Se foi exposto que o “devido processo” se encontra sujeito a adaptações que impactam a *participação* em juízo, é preciso ressaltar que o argumento também atinge o lado oposto da balança processual. Em síntese, da mesma forma que é preciso conferir cores suaves à garantia processual de *contraditório*, também o mito da *celeridade* precisa ser lido de maneira temperada; assim como ocorre em uma ponta, também na outra não há espaço para análises *extremistas* ou *absolutas*.

Para apresentar esse dado, é importante recordar que, especialmente ao longo das últimas décadas, o tema da “razoável duração” atingiu especial importância em nosso ambiente processual. Seja no espaço acadêmico, seja na realidade forense, passou-se a conferir maior destaque a esse vetor *temporal* do litígio, atribuindo densidade e novo sentido à conclusão clássica de Rui Barbosa: a justiça tardia, por vezes, já não será mais justiça ⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ Vide nota 413.

⁵⁶⁹ Vide nota 63.

⁵⁷⁰ “While civil procedure is complex, and deals with many rules and exceptions, at its core are two fundamental ideas about the need for a system of justice to be both equitable and efficient. At the constitutional plane, those principles have been most fully developed in the *Mathews* line of cases. But to a large extent, even the technical aspects of the formal Rules of procedure are themselves simply expressions of these ideas (...)”. ISSACHAROFF, Samuel. Ob. cit. p.16.

⁵⁷¹ Nas palavras de Rui Barbosa (1849-1923), “nada se leva em menos conta, na judicatura, a uma boa fê de ofício que o vazo de tardança nos despachos e sentenças. Os códigos se cansam debalde em o punir. Mas a geral

Além disso, a reforma de Estado fez com que a questão ganhasse assento constitucional e assumisse natureza fundamental ⁵⁷². O que, porém, embasaria essa ideia de “celeridade”? Como operacionalizá-la, diante do tempo necessário para a atuação jurisdicional?

Conferindo lentes *céticas* ao problema, percebemos que essa destinação de maior atenção para o *tempo* do litígio é efeito de um movimento mais amplo, de fundo sociocultural. Novamente, vale recordar que o processo civil não é uma *ilha*, sendo incapaz de se manter alheio ao caldo em que está inserido. E é nesse sentido que a ascensão do discurso da “celeridade” também possui origem em raízes mais profundas. A rigor, sua valorização reflete uma alteração ideológica, tendo como supedâneo a inserção da *eficiência* na ordem do dia estatal ⁵⁷³. Os aspectos são correlatos, possuindo amplo acoplamento.

É nesse sentido que, recentemente, tornou-se corriqueiro que o discurso processual conferisse maior ênfase ao *tempo* da decisão, em inclinação pautada pelo instrumentalismo. A questão, de um lado, passa pela instituição de técnicas voltadas a realocar o ônus do tempo da disputa. De outro, conduz à defesa de que mesmo o curso *comum* do processo seja alcançado

habitualidade e a convivência geral o entretêm, inocentam e universalizam. Destarte se incrementa e desmanda ele em proporções incalculáveis, chegando as causas a contar a idade por lustros, ou décadas, em vez de anos. Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinhos são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente. Não sejas, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato”. BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5 ed. anotado. Rio de Janeiro: Edição Casa de Rui Barbosa, 1999. p.40.

⁵⁷² “A Emenda Constitucional 45/2004 introduziu o inciso LXXVIII no art.5º da Carta Magna, que prevê o princípio da duração do processo dentro de um prazo razoável como direito fundamental. Assim, a lei processual civil brasileira deve ter como escopo e fundamento esse respectivo princípio, ajustando-se com mecanismos de implementação da celeridade processual e de adaptação do procedimento. Após essa alteração legislativa, várias reformas na legislação processual civil foram implementadas de modo a reduzir o tempo de duração do processo. Do mesmo modo, pode-se afirmar existem alternativas no sistema atual para a resolução mais célere dos processos (...) todavia, não bastam apenas alterações legislativas. É preciso também que os próprios operadores do direito implementem a aplicação desse princípio”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio. Ob. cit. p.54.

⁵⁷³ Como afirmado em determinado momento por Bresser Pereira, então ministro de Estado e responsável por boa parcela das alterações realizadas na esfera administrativa brasileira, “a reforma do Estado, que se tornou tema central nos anos 90 em todo o mundo, é uma resposta ao processo de globalização em curso, que reduziu a autonomia dos estados de formular e implementar políticas, e principalmente à crise do Estado, que começa a se delinear em quase todo o mundo nos anos 70, mas que só assume plena definição nos anos 80. No Brasil, a reforma do Estado começou nesse momento, em meio a uma grande crise econômica, que chega ao auge em 1990 com um episódio hiperinflacionário. A partir de então a reforma do Estado se torna imperiosa. Problemas considerados cruciais como o ajuste fiscal, a privatização e a abertura comercial, cujo ataque vinha sendo ensaiado nos anos anteriores, são, então, atacados de frente. A reforma administrativa, entretanto, só se tornou um tema central no Brasil em 1995, após a eleição e a posse de Fernando Henrique Cardoso. Nesse ano ficou claro para a sociedade brasileira que essa reforma tornara-se condição, de um lado, da consolidação do ajuste fiscal do Estado brasileiro, e, de outro, da existência no país de um serviço público moderno, profissional e eficiente, voltado para o atendimento das necessidades dos cidadãos”. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. In. *Revista do Serviço Público*. ano 49. n.1. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, 1998. p.05.

por mecanismos de aceleração. Em um vértice, entrariam em cena elementos como a tutela da evidência ou a ampliação das cautelares. No outro, aspectos como o julgamento liminar de improcedência ou a análise de recursos por amostragem. Em ambos, um mesmo dado elementar: a defesa de que a intervenção do processo, para ser adequada, deve levar em conta uma *dinamização* temporal; a tentativa de aprimorar a jurisdição, incrementando a sua agilidade.

Radicalizando o argumento, podemos afirmar que essa lógica *eficientista* é estampada pela própria adoção de técnicas de julgamento pautadas em súmulas e em precedentes, especialmente nos moldes concebidos em nosso sistema⁵⁷⁴. De fato, ao atribuir natureza de paradigma a alguma decisão, procura-se assegurar que igual postura será adotada em casos posteriores nos quais o debate seja análogo. E esse cenário, além de buscar a isonomia, também contribui para a aceleração processual. A questão é simples: ao se estabelecer que determinado precedente deve ser obedecido, estar-se-á sempre *abreviando* a análise judicial quanto a algum ponto, onde quer que ele seja suscitado.

Para demonstrar essa situação, tomemos como exemplo a Súmula 485 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “a *Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição*”. Conforme se denota de seu teor, o objetivo do enunciado é antever claramente a resposta a ser dada em qualquer medida judicial na qual se debata (entre outros aspectos ou isoladamente) a aplicação da Lei Brasileira de Arbitragem a negócios pactuados em momento anterior à sua vigência. E isso limita a possibilidade de cognição judicial a respeito desse tema, restringindo o próprio campo de argumentação dos litigantes. Em resumo, o interesse relacionado à aplicação do diploma legislativo foi prospectivamente coletivizado, conferindo-se eficácia ampla à deliberação tomada a seu respeito.

Também a título exemplificativo, o mesmo poderia ser dito no que se refere à

⁵⁷⁴ Identificando o ponto de maneira crítica, e atribuindo feição mais densa à lógica de precedentes, Marinoni, Arenhart e Mitidiero estabelecem que o novo Código teria avançado na compreensão desse aspecto em um sentido diverso. Contudo, ao padecer de aspectos como a estipulação genérica de conceitos e a ausência de fixação do papel exato das Cortes, essa guinada seria apenas parcial. Conforme os autores, “tradicionalmente, a jurisprudência consubstancia-se na atividade de interpretação da lei desempenhada pelas cortes para a *solução de casos*, cuja *múltipla reiteração* gera a *uniformidade* capaz de servir de *parâmetro de controle*, não gozando de *autoridade formalmente vinculante*. Também na sua compreensão tradicional, as súmulas constituem antes de qualquer coisa um “*método de trabalho*”, um meio para “*ordenar e facilitar a tarefa judicante*” de controle de interpretação e aplicação do direito no *caso concreto*, não gozando igualmente de *força vinculante*. O novo Código claramente outorga outro sentido ao termo *jurisprudência* – ao menos para determinados casos (...) o mesmo ocorre com as súmulas (...) além de ressignificar a jurisprudência e as súmulas, o novo Código introduz o conceito de *precedentes*”. De todo modo, conforme ali indicado, haveria pontos-cegos na nova sistemática. Ver, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil – Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum*. p.609-610.

Súmula 517 do órgão, cujos termos fazem constar que “*são devidos honorários advocatícios no cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário, que se inicia após a intimação do advogado da parte executada.*”. Dessa forma, estabelece-se previamente o entendimento a ser aplicado quanto a um aspecto bastante específico, tornando defeso que ele seja decidido de maneira diversa quando posto em debate. Como consequência, tanto a discussão quanto a extensão da análise judicial seriam *abreviados*, contribuindo para a gestão judiciária e oferecendo maior velocidade à sua atuação.

Considerando esse quadro geral, vemos que nosso atual ordenamento possui uma pluralidade de mecanismos voltados a permitir um melhor alcance da “celeridade”. Em alguns casos, a correlação pode não ser óbvia, mas o argumento de fundo está presente. Nesse ponto, porém, é novamente necessária certa cautela: é cabível que essa ideia de *aceleração*, pautada em uma ampla valorização dos *resultados* jurisdicionais, seja lida de maneira isolada? Qual o preço com o qual quem valoriza esse aspecto deve arcar?

Uma vez mais, o *approach* aqui proposto evidencia que não há como aproximar *teoria* e *prática* sem estar disposto a aceitar renúncias e sacrifícios. E isso porque, em qualquer das suas feições, *não há* elemento voltado a acelerar a atuação jurisdicional que não implique uma *redução* da possibilidade de participação ⁵⁷⁵. Querer ilidir esse dado retoricamente é inútil, diante de sua assertividade no mundo real. Desse modo, também aqui é preciso conferir tonalidades suaves à análise, evitando discursos absolutos e exigindo ponderação ⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ Verificando esse *trade-off*, e propondo alguma saída para a sua conformação, Dinamarco destaca que, na jurisdição contemporânea, “o mais grave dos problemas é a *duração dos processos*, responsável pela *eternização* dos litígios e prolongamento das angústias dos litigantes. Mais jamais se conseguirá agilizar *tanto* os procedimentos a ponto de, em sua generalidade, eles serem capazes de oferecer solução bastante pronta aos litígios (...) militam em prol das longas demoras processuais certas legítimas razões de segurança recíproca das partes, garantias de defesa e contraditório (...) isso significa que todo movimento de agilização encontra limites (...) que levam o construtor do sistema a conformar-se com o racional equilíbrio possível entre duas exigências antagônicas, a saber: de um lado, a *celeridade processual*, que tem por objetivo proporcionar a pacificação tão logo quanto possível; de outro, a *ponderação no trato da causa* e das razões dos litigantes (...) o exame das linhas básicas do processo em sua programação operacional (procedimento, oportunidade de defesa, recursos, etc) mostra o convívio indispensável entre normas tendentes a agilizá-lo e normas que lhe impedem a excessiva aceleração, impondo maior *ponderação* no trato dos litígios”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.1. p.160-161.

⁵⁷⁶ Ao identificar esse conflito latente, Teori Albino Zavascki sustenta que a questão deve ser resolvida (tanto no plano legislativo, quanto no âmbito judicial) mediante um uso criterioso do juízo de proporcionalidade e de suas balizas avaliativas. Nas suas palavras, “por se tratar de direitos fundamentais de idêntica matriz constitucional, não há hierarquia alguma, no plano normativo, entre o direito à efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica, pelo que hão de merecer, ambos, do legislador ordinário e do juiz, a mais estrita e fiel observância. Todavia, a exemplo do que se passa em relação a outros direitos fundamentais, também entre esses podem ocorrer, no plano da realidade, fenômenos de tensão. Há, com efeito, um elemento fático especialmente habilitado a desencadeá-los: é o fator *tempo*. O decurso do tempo, todos o sabem, mas é, muitas vezes,

De fato, avaliando as técnicas voltadas a antecipar algum tipo de provimento judicial notamos que, por mais que se fale em “contraditório diferido”⁵⁷⁷, sua base supõe uma recomposição da possibilidade de convencimento judicial. Da mesma maneira, no instante em que se reduz a cognição quanto a determinado aspecto também se diminui o poder de influência dos litigantes. Afinal, considerando que a decisão já se encontrará *pré-estabelecida*, não haverá contraditório útil a ser exercido quanto ao seu conteúdo⁵⁷⁸. Nos dois casos, a possibilidade de diálogo teria que ceder.

Nesse cenário, é possível extrair um par de considerações: (i) a valorização da celeridade pressupõe sacrifícios; e (ii) é na garantia de *participação* que essa corda tende a romper. Em termos concretos, não há como *acelerar* algo sem *reduzir* o seu percurso, gerando um desafio em que não existe espaço para argumentos simplistas ou para respostas corretas. Desestabiliza-se qualquer certeza, oferecendo campo fértil para o debate e para a argumentação.

10.4. “Direitos processuais”: a leitura panprocessual e o ceticismo moderado

As considerações acima formam um cenário peculiar para a nossa teoria processual. Se é comum que o “devido processo” seja concebido como o cerne da disciplina, defendemos aqui que mesmo ele está sujeito a releituras. Da mesma forma, se é corriqueiro costurar a

incompatível com a efetividade da jurisdição (...) sempre que se tiver presente situação dessa natureza – em que o direito à segurança jurídica não puder conviver, harmônica e simultaneamente, com o direito à efetividade da jurisdição – ter-se-á caracterizada hipótese de colisão de direitos fundamentais dos litigantes, a reclamar solução harmonizadora”. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. p.67-68.

⁵⁷⁷ “Há, contudo, *limitação imanente* à bilateralidade da audiência no processo civil, quando a natureza e a finalidade do provimento jurisdicional almejado ensejarem a necessidade de concessão de medida liminar, *inaudita altera pars*, como é o caso da antecipação da tutela de mérito (...) isto não quer significar, entretanto, violação do princípio constitucional, porquanto a parte terá oportunidade de ser ouvida, intervindo posteriormente no processo, inclusive com direito a recurso contra a medida liminar concedida sem sua participação. Neste caso, existe o contraditório, que fica *diferido*, postergado para momento posterior do procedimento”. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. p.241.

⁵⁷⁸ A questão é reconhecida por Arenhart, afirmando que “a adoção, pelo direito brasileiro, das súmulas vinculantes, súmulas impeditivas de recursos e de outras soluções semelhantes traz, inquestionavelmente, novas discussões, com as quais o direito processual atual ainda não está habituado. Se a intenção destas decisões vinculantes caminha no sentido de conferir maior agilidade à prestação jurisdicional, não há dúvida de que traz consigo questões relevantes a respeito de temas muito caros ao processo civil, especialmente porque tocam sobre questões nevrálgicas das garantias postas pelo sistema às partes. De pronto, pode-se observar que tais decisões vinculantes tendem, evidentemente, a ampliar os efeitos de uma decisão judicial, fazendo repercutir suas conseqüências sobre a esfera jurídica de terceiros – não intervenientes no processo – tolhendo, ao menos por vezes, o direito destes a apresentarem suas razões em eventual demanda futura de que venham a participar. Assim é porque tais decisões, ao impedirem a discussão de questões de direito em eventuais demandas propostas por estes (hoje)terceiros, restringem-lhes o poder de influir na solução do litígio e de apresentar adequadamente suas teses em juízo”. ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. In. NERY JUNIOR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p.424.

defesa do “contraditório” ou da “razoável duração” como bandeiras absolutas, argumentamos que é necessário conferir contornos mais sutis ao problema. Diante disso, seria necessário indagar: como permitir a aplicação dessas garantias? Qual a guia hermenêutica que propiciaria a sua readequação?

Encerrando a tese, consideramos que também esse tópico, essencial para a compreensão da disciplina, pode se valer do arsenal aqui proposto e abrir novas vias para a atuação do processo. Com efeito, é assim que o *ceticismo moderado* permite que a mentalidade clássica relacionada ao tema seja desestabilizada, esvaziando os seus dogmas e permitindo uma leitura mais próxima à realidade – a ser trazida pelo enfoque *panprocessual*.

Em nosso entendimento, o passo inicial para a apresentação dessas respostas se encontra na percepção de que, *se há* verdadeiros “direitos processuais”, eles não podem ser *absolutos*. O raciocínio é a chave-mestra que desencadeia a presente análise, possuindo aplicabilidade geral no estudo do processo. Para fundamentá-lo, observemos separadamente cada uma das suas duas pontas.

Primeiramente, ao falarmos nos “direitos processuais” em termos hipotéticos (“*se há verdadeiros “direitos processuais”*”) é implícito o questionamento quanto à própria existência de direitos desta natureza. Indo de encontro a algo que parece alicerçado em nossa doutrina, coloca-se em cheque a própria possibilidade de existirem direitos que não toquem diretamente interesses materiais, limitando-se à conformação do processo. O tema, revoltoso para a nossa tradição, foi apresentado de maneira descritiva mais de uma vez por Robert Bone⁵⁷⁹, trazendo um olhar crítico que merece reflexão.

Observando a problemática, Bone indica que a equação entre *justiça* e *eficiência* produziria duas maneiras de encarar os “direitos processuais” e o seu conteúdo. A primeira basearia seu exame no próprio processo, razão pela qual “*a justiça seria avaliada pelo modo como o procedimento trata as partes durante*” o litígio. Já a segunda “*avaliaria a justiça pela qualidade dos resultados gerados pelo sistema procedimental*”. O autor as denomina, respectivamente, de *process-based theories* e *outcome-based theories*.⁵⁸⁰ Aqui, falaremos em

⁵⁷⁹ O autor afirma, por exemplo, que “it is possible that procedural rights have no place in the best interpretive theory of civil litigation. If so, then any arguments based on the existence of such rights would have to be treated as mistakes. This conclusion is not out of the question. For example, the weight given to individual participation seems to vary with context and not in a clearly consistent way. Sometimes procedures provide broad individual control, and other times they tolerate substantial limits. Any interpretive theory must account for these differences, and it is at least conceivable that the best theory could end up treating participation exclusively in utilitarian terms”. BONE, Robert G. *Procedure, Participation, Rights*. p. 104.

⁵⁸⁰ “Theories of procedural fairness and procedural rights fall into two broad categories: process-based and outcome-based. Process-based theories evaluate fairness by the way procedure treats litigants within the

“teorias baseadas no processo” e em “teorias baseadas nos resultados”.

Demonstrando a contraposição, Bone identifica que os adeptos das “teorias baseadas no processo”, de regra, sustentariam seus argumentos ou em aspectos de ordem psicológica ou em uma aproximação entre processo e “dignidade humana”.⁵⁸¹ A primeira ideia se relaciona com o próprio sentimento dos litigantes quanto ao “controle do litígio”, sujeitando-se a críticas como a de Rosenberg⁵⁸². Em resumo, haveria aqui espaço para a identificação de que a participação em juízo deveria ser tutelada pelo próprio valor anímico e psíquico que traria à parte.

Por outra frente, a maior parcela dos defensores das “teorias baseadas no processo” embasaria seu discurso no reforço da proteção conferida a cada sujeito. Nas palavras de Bone, os adeptos dessa linha ideológica sustentam que “*determinados elementos do processo civil, como a participação individual e a formação racional da decisão, seriam implícitos no respeito à dignidade humana*”, de tal modo que o seu conteúdo deveria ser respeitado e produzido sem relação com os resultados esperados do processo.⁵⁸³ Admitir e proteger essas garantias seriam *fins em si mesmos*, indo ao encontro de premissas íntimas de nosso processo civil clássico. Com efeito, e ainda que talvez de forma involuntária, essa visão prevalece na doutrina brasileira, em maior ou menor escala. Mesmo em discursos que se propõem instrumentalistas, o entendimento de que há direitos inerentes ao processo é quase incólume, o que em inúmeros casos acaba obstando que a jurisdição alcance seus resultados materiais, como demonstram Kaplow e Shavell⁵⁸⁴.

O outro lado da moeda seria dado pelas “teorias baseadas nos resultados”, fundadas em uma crença mais utilitarista da disciplina. Aqui, a justiça e a legitimidade do processo não seriam determinadas pela estrutura e pelas garantias que lhe fossem inerentes, mas pelos resultados benéficos que ele pudesse trazer⁵⁸⁵; coloca-se o processo na condição de

litigation process itself, independent of outcome quality. Outcome-based theories evaluate fairness by the quality of the outcomes a procedural system generates”. BONE, Robert G. *The Economics of Civil Procedure*. p. 189.

⁵⁸¹ Idem, 190-193.

⁵⁸² Assim, ROSENBERG, David. Of End Games and Openings in Mass Tort Cases: Lessons from a Special Master. *Boston University Law Review*. n. 69. Boston: Boston University Press, 1989. Destaque-se que o caráter crítico da leitura de Rosenberg às teorias “baseadas no processo” é percebido pelo próprio Bone, que expressamente cita a contraposição entre o autor e esta corrente teórica.

⁵⁸³ “There is, however, a normative version of process-based theory: the dignitary theory of participation based on a Kantian ideal of respect for persons. According to this theory, certain elements of civil process, such as individual participation and rational decisionmaking, are implicit in what it means to respect human dignity”. BONE, Robert G. *The Economics of Civil Procedure*. p. 191.

⁵⁸⁴ Ver, *passim*, SHAVELL, Steven; KAPLOW, Louis. *Fairness versus Welfare*.

⁵⁸⁵ “The problem has to do with the fact that adjudication is primarily about producing good outcomes, not about giving people a chance to participate and the opportunity in their lives to exercise autonomous choice (...) Why is outcome quality itself not sufficient for legitimacy?”. BONE, Robert G. *The Economics of Civil Procedure*., p. 193.

instrumento, vinculando a sua correção aos seus fins atrelados ao direito material. Se diante das “teorias baseadas no processo” seria justo um procedimento em cujo bojo fosse observada uma série de prerrogativas pessoais, para essa nova corrente a justiça seria determinada pela adequação dos resultados ⁵⁸⁶. Em uma análise tipificada dessa compreensão, parece-nos que inexisteriam verdadeiros “direitos processuais”, mas “garantias processuais” instrumentalmente positivadas com um único propósito: a proteção da prestação jurisdicional ⁵⁸⁷.

Com esse dado, compreendemos o porquê de se falar na existência de direitos processuais apenas em termos hipotéticos. Além deste fator, porém, uma leitura atenta deve também considerar que mesmo no plano material é atualmente discutível se há direitos absolutos. Vejamos, por exemplo, que teóricos como Robert Alexy ⁵⁸⁸ e Martin Borowski ⁵⁸⁹ concebem os direitos fundamentais como princípios, e os princípios como mandamentos de otimização *prima facie* cuja aplicação se sujeitaria a um teste casuístico de proporcionalidade. Essa análise, defendida no Brasil por teóricos como Luis Roberto Barroso ⁵⁹⁰ e Ana Paula de

⁵⁸⁶ “Outcome-based theories evaluate the fairness of procedure by the quality of the outcomes it produces”. Idem. *ibidem*.

⁵⁸⁷ Estabelecendo uma diferenciação entre os dois conceitos, Pérez esclarece que “la eficacia pertenece a lo que se pueden denominar como garantías. Éstas serían los diversos medios a través de los cuales los derechos se hacen efectivos (...) esto es, a los mecanismos a través de los cuales se realizan y se hacen efectivos los derechos. Las garantías están supeditadas a ellos porque lo que pretenden es hacer real y efectivo su contenido. Se trata de distinguir entre el objeto de un derecho y las formas en que éste puede ser realizado, porque un derecho puede realizarse de diversas maneras; para ello es indiferente la forma como se lleve a cabo. Una cosa es afirmar la existencia de un derecho y otra diferente determinar cuáles son los modos de protegerlo; éstas variarán en función del contexto social e histórico, de la disponibilidad de los medios y de los factores de la realidad social que la visión integral considera que conforman el tercer elemento del concepto de derecho fundamental”. Ainda por força desse motivo, “si las garantías son las diversas maneras en que un derecho puede satisfacerse, eso supone que son más variables que los derechos. En función del contexto histórico y económico, cada vez más cambiante, tendremos que ir adaptando las garantías para lograr que los derechos sean siempre eficaces. Los derechos entonces permanecen, pero las garantías han de estar modificándose para adaptarse a una realidad nunca estática. En consecuencia, el criterio para optar por unas u otras garantías, por unas u otras formas de hacer efectivo y real el contenido de los derechos, dependerá de la eficacia que unas u otras acrediten y demuestren”. PÉREZ, José Luis Rey. La Naturaleza de los Derechos Sociales. In. *Derechos y Libertades*. n.16. Madrid: Universidad Carlos III, 2007. p.141-142.

⁵⁸⁸ Analisando o processo decisório o autor afirma, por exemplo, que “esta situación no es solucionada declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se la solución introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todo los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada”. ALEXY, Robert. Ob. cit.. p. 91-92.

⁵⁸⁹ Ver BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Paludo. Universidad Externado de Colômbia. 2003.

⁵⁹⁰ Nas palavras do autor, “direitos fundamentais não são absolutos e, como consequência, seu exercício está sujeito a limites; e, por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais, em múltiplas situações, são aplicados mediante ponderação”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. p. 332.

Barcellos ⁵⁹¹, também encontraria amparo no direito processual, inviabilizando que igualmente aqui se sustentasse a existência de direitos absolutos ⁵⁹².

Dessa forma, ao problematizarmos os “direitos processuais” a partir do *ceticismo moderado*, desconstruímos a sua visão sacralizada e dogmatizada. Forja-se, assim, um campo fértil para sua reelaboração de modo mais rente à realidade. E aqui, uma vez mais, consideramos que a lógica do *panprocessualismo* pode desempenhar um importante papel.

Realmente, ao concebermos os “direitos processuais” como mandatos de otimização concorrentes, percebemos que sua aplicação passa por um constante trabalho de acomodação *endoprocessual*, a partir do parâmetro da proporcionalidade. Trata-se de consequência direta da pluralidade de orientações axiológicas presentes no palco. Como visto ao longo do presente capítulo, é comum que no curso do processo diferentes *garantias* de igual *status* normativo entrem em conflito. E caberá, aqui, elaborar essa readequação.

Como exemplo, observamos que, em nosso atual modelo, tanto a ideia de “contraditório” quanto a noção da “razoável duração” possuem patente constitucional. Considerando que o atrito entre ambas é latente, poder-se-ia questionar se diante da análise de um caso seria adequado recusar vigência a uma e tutelar unicamente o módulo oposto. E, em nossa visão, a resposta é negativa. Rejeitando a natureza absoluta de quaisquer desses princípios, justifica-se o seu constante trabalho de acomodamento e de ponderação. Nesse jogo, alguma das pontas tenderá a prevalecer, mas justificadamente e sem espaço para excluir

⁵⁹¹ Conforme BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁵⁹² Percebendo a possibilidade de que o tema assumia diferentes conformações, Ragone destaca que “eso puede también significar que la justicia procesal depende en cierta medida de la conformación que sea dada por el legislador al ejercicio de los derechos procesales. La dificultad aquí se manifiesta pues en saber determinar a partir de cuáles criterios puede el legislador conformar el procedimiento o restringir las áreas de libertad de las partes en el uso de sus derechos procesales. Una primera consideración es tener en cuenta que es difícil para cualquier teoría no utilitarista fijar límites a estos derechos, en otras palabras toda implementación de derecho cuesta, genera gastos, aun cuando sean compensables con los beneficios. Es por ello que los derechos procesales no podrían estar totalmente inmunes a cálculos de eficiencia, ya que estos derechos son ejercidos dentro de un marco orgánico-procedimental de una función pública y por ende existe un todo inherente a su ejercicio que no puede ser desconsiderado. Es así que justamente razones de carácter económicas, la ponderación de tiempo y dinero, además de la necesidad de ponderaciones deontológicas necesarias de justicia imponen evaluar el costo de la limitación de un derecho procesal a favor de otro. Es acá donde entra en juego la importancia del principio o de la máxima de economía procesal que no es sino la aplicación del principio a los derechos procesales y sus limitaciones cuyo destinatario es el legislador. Ello para distinguirlo de la economía procesal en sentido estricto o aquella cuyo destinatario es la institución u órgano destinado a aplicar las normas procedimentales a un caso. En el caso del proceso judicial el órgano jurisdiccional puede acudir a estos principios o máximas procesales tanto como norma interpretativa como así también en calidad de estándares para admitir o denegar determinada alternativa procedimental. Nadie discute el rol de la eficacia y del eficiencia por ejemplo dentro del actuar de la administración pública en el cauce del procedimiento administrativo en base a la necesidad de una adecuada distribución de los escasos recursos del Estado. En nuestro caso también es aplicable ese postulado pero en relación a los recursos de la Justicia y que imponen limitar o ampliar el ejercicio de determinados derechos en el proceso”. RAGONE, Álvaro Pérez. Retrato del revisionismo garantista en el proceso civil a través de Klein y Wach. p.257.

o lado oposto do cabo de guerra.

Novamente aqui, contudo, acreditamos que há outra dimensão da *proporcionalidade* que deve ser posta na mesa, trazendo um novo viés para a análise e a aproximando de nosso cenário global. Trata-se da perspectiva *panprocessual*. Sob esse segundo enfoque, os “direitos” ou “garantias” processuais devem ser lidos levando em conta não apenas o seu conflito interno, mas também os conformando aos fatores culturais e estruturais que permeiam a jurisdição.

A partir desse enfoque, um novo leque de questões se abre, facilitando a adequação da atividade processual às suas possibilidades reais. Em síntese, é *proporcional*, em termos globais, sustentar que nosso atual regime deve conviver com uma leitura *individual* do direito de ação? Nossa sociedade exige ou recomenda que se atribua leitura *plena* à possibilidade de participação em juízo?

Investigando essa espécie de questão, constatamos que também aqui a lógica *panprocessual* pode levar à observação do processo a partir de parâmetros bastante diversos dos tradicionais. Assim como ocorre com a ideia de “acesso à justiça”, ampliam-se os olhares da matéria, trazendo novas balizas para a sua avaliação e a aproximando do mundo real.

Tomemos uma vez mais, como exemplo, a questão da ação coletiva para a tutela coletiva de direitos individuais. É que, se é corriqueiro que a efetividade do tema seja obstada por conta do conteúdo clássico atribuído aos “direitos processuais”, esse novo *approach* altera as cartas do jogo. Permite-se uma aproximação mais densa com o mundo real, conferindo ancoragem concreta ao discurso teórico.

Da mesma forma, esse tipo de leitura também impactaria temas como a defesa de um contraditório *estendido* ou a possibilidade de participação individual no procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas. Em qualquer dos casos, o que se vê é que o fluxo argumentativo aqui trazido altera a compreensão da disciplina: *ceticamente*, problematizam-se suas crenças gerais; *panprocessualmente*, forma-se um novo ângulo para a sua avaliação. Permite-se a confluência de fatores culturais, legislativos e estruturais, procurando aprimorar a atuação jurisdicional. E essa contribuição não deve ser desconsiderada.

Considerações Finais

- (a) Em sua construção recente, o processo civil brasileiro vem sendo marcado por uma série de reformas legislativas e de debates teóricos. Nesse caldo, inserem-se questões como as sucessivas alterações do Código de 1973 e a aprovação de um novo Código de Processo Civil;
- (b) Ocorre que, sem óbice de sua natureza maleável e de seus inúmeros debates, o principal ponto-cego da disciplina parece ser o afastamento entre o *processo dos livros* e o *processo da realidade*. Com isso, criam-se elementos cuja perfeição teórica não repercute na prática, havendo necessidade de aproximação entre as pontas;
- (c) Partindo dessa premissa, o *ceticismo moderado* surge como uma alternativa de análise voltada a conferir um novo enfoque à atuação jurisdicional, deslocando a disciplina para um campo de maior incerteza. Em síntese, trata-se de colocar em dúvida os dogmas relacionados à matéria, percebendo sua constante abertura para críticas e reconstruções;
- (d) Nesse sentido, argumentamos inicialmente que o processo civil, desde suas balizas mais amplas até as suas minúcias formais, encontra-se repleto de escolhas. Sua construção é *culturalmente* orientada, perseguindo a legitimação e possuindo os seus rumos ditados por embates discursivos.
- (e) Dessa forma, seja no que se refere à extensão do procedimento, seja no que toca questões pontuais como o sistema recursal, o mecanismo de resolução de disputas é estruturado a partir de opções tomadas em um ambiente *complexo*. Não se trata, assim, de leituras *metafísicas*, *únicas* ou *naturais*;
- (f) Diante dessa desconstrução, formamos um campo fértil para o estreitamento entre o processo civil e o mundo dos fatos. E, com esse propósito, conferimos ainda uma nova moldura à matéria, percebendo que hoje ela constitui: (i) um problema inserido no contexto do Estado e do seu exercício de poder; e (ii) um palco para atuação de interesses - por vezes coordenados, por vezes colidentes;

- (g) Indo além, extraímos algumas consequências dessas feições da disciplina. A partir delas salientamos que o processo civil, atualmente: (i) deverá conviver com a escassez de recursos, inserindo esse dado em sua construção; (ii) será falível em sua capacidade de resposta, por conta da própria condição falível de seus agentes; e (iii) será democraticamente limitado, dado o seu cariz técnico.
- (h) Ainda aqui, destacamos que o teórico da matéria deve assumir compromissos e estar disposto a arcar com os sacrifícios por eles impostos, evitando assim um *processo pródigo*. Em outros termos, não lhe é dado prometer *tudo*, sob pena de elaborar um discurso *infactível*;
- (i) Adotando esses pilares, chegamos à última parte da tese. Nela, procuramos apresentar a lógica *panprocessual* como uma possível alternativa para recomposição do processo civil, aproximando-o da realidade concreta. Em resumo, trata-se de compreender que, tanto em sua constituição quanto em sua atuação, a disciplina deve se guiar por um juízo de *proporcionalidade* capaz de articular fatores legislativos, estruturais e culturais;
- (j) Sob esse viés, formamos um caminho que foi da desconstrução (via *ceticismo moderado*) a uma possibilidade de reconstrução mais aderente à realidade (via *panprocessualismo*); da desestabilização de dogmas à tentativa de recompor as instituições do processo de forma mais rente ao seu contexto concreto.
- (k) Finalizando, aplicamos essa lógica a dois aspectos centrais da nossa compreensão do processo civil: a ideia de “acesso à justiça” e os “direitos” (ou “garantias”) processuais. Em ambos, percebemos a ampla possibilidade de debates e de problematizações. Há uma atmosfera complexa, recomendando uma nova postura perante o *processo dos livros*;
- (l) De todo modo, o que se vê é que o caminho a ser traçado pela disciplina se encontra constantemente aberto, sujeitando-se a mudanças de rota e a guinadas de orientação. É preciso excluir argumentos *estanques* ou *absolutos* de seu léxico, exigindo de seu teórico humildade intelectual. O lembrete pode ser singelo, mas sua essencialidade é marcante.

Referências Bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce. Good-bye, Montesquieu. In. ROSE-ACKERMAN, Susan. LINDSETH, Peter L. (coords.). *Comparative Administrative Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALFONSO, Luciano Parejo. Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español. In. *A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. v.3. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- ALLORIO, Enrico. *Problemas de Derecho Procesal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. In. *Revista de Processo*. v.196. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- ANDREWS, Neil. *The Three Paths of Justice: Courts Proceedings, Arbitration and Mediation in England*. Cambridge: Springer, 2012.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Demasiados Recursos? In. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. In. *Revista Jurídica*. v.57, n.385. Porto Alegre: Notadez, 2009.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- ARENHART, Sergio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In. *Revista de Processo*. v. 225. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In. MAZZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias (org). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

- ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim (Org.). *Processo e constituição*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. In: NERY JUNIOR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Ed. RT, 2007
- ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Os acordos processuais no novo CPC: aproximações preliminares. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. A ação civil pública e o processo coletivo sob o contexto constitucional: breves diagnósticos e alguns desafios. In: Clémerson Merlin Clève. (Org.). *Direito Constitucional Brasileiro*. v.1. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the ‘pan-procedural’ approach: some bases of contemporary civil litigation. In. *International Journal of Procedural Law*. n.4. Cambridge: Intersentia, 2014.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A doutrina brasileira da multa coercitiva – três questões ainda polêmicas. In: MEDINA, José Miguel Garcia, CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo, CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de e GOMES JR., Luiz Manoel (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Defesa da Posse e Ações Possessórias. In. *Revista de Processo*. n.114. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”?. In. *Revista de Processo*. n.163. São Paulo: Ed. RT, 2008
- AUERBACH, Jerold S. Justiça sem Direito. In. DE AZEVEDO, André Gomma. BARBOSA, Ivan Machado (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Universidade de Brasília, Grupos de Pesquisa, 2007
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. In. *Revista de Direito Administrativo*. n.211. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito público e direito privado: panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato. In. FORTINI, Cristiana. ESTEVES, Júlio César dos Santos. DIAS, Maria Tereza (org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

- BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5 ed. anotado. Rio de Janeiro: Edição Casa de Rui Barbosa, 1999.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARRETT, Jerome T. BARRETT, Joseph P. *A History of Alternative Dispute Resolution The Story of a Political, Cultural, and Social Movement*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. In. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, Gustavo Binenbojm. (org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In. *Revista Interesse Público*. n. 46. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007.
- BARZELAY, Michael. *The new public management: improving research and policy dialogue*. Los Angeles: University of California Press, 2001.
- BECKER, Howard S. *Segredos e Truques da Pesquisa*. Trad. Maria Luisa X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- BECKER, Laércio A. Erosão do Sagrado Processual. In. *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012.
- BERGER, Peter L. BERGER, Brigitte. O que é uma instituição social?. In. FORACCHI, Marialice Mencarini; MARTINS, José de Souza (Orgs). *Sociologia e Sociedade: Leitura de introdução à Sociologia*. Rio de Janeiro: LTC, 1977.
- BERLE, Adolf A. MEANS, Gardiner C. *The modern corporation & private property*. New York: Harcourt, Brace & World, 1932.
- BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo: um itinerário de avanços e retrocessos. In. *Revista Brasileira de Direito Público*. n.14. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2006.

- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 4 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade – Para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de Política*. Trad. João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BONE, Robert G. Procedure, Participation, Rights. In. *Boston University Law Review*. n.90. Boston: Boston University Press, 2010.
- BONE, Robert G. *The Economics of Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.
- BONE, Robert G. Discovery. In. SANCHIRICO, Chris Willam (coord). *Procedural Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012.
- BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Paludo. Universidad Externado de Colômbia. 2003.
- BOURDIEU, Pierre. *A Profissão de Sociólogo*. 3 ed. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.
- BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difusão Editorial, 1989.
- BRAGA, Sidney da Silva. *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRONSTEEN, John. FISS, Owen. The Class Action Rule. In. *Notre Dame Law Review*. n.78. Notre Dame: University of Notre Dame, 2002.
- BUSH, Robert Baruch. One Size Does Not Fit All: A Pluralistic Approach to Mediator Performance Testing and Quality Assurance. In. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. n. 19. Columbus: The Ohio State University, 2005.
- BUSH, Robert A. Baruch. FOLGER, Joseph. *The Promise of Mediation – The Transformative Approach to Conflict*. ed. rev. San Francisco: John Wiley & Sons, 2005.
- BÜLOW, Oskar Von. *La Teoria de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.
- CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In. *Revista de Processo*. v.231. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

- CABRAL, Tricia Navarro Xavier. Poderes do Juiz no Novo CPC. In. *Revista de Processo*. v.208. São Paulo: Ed.RT, 2012.
- CADIET, Loic. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. In. *Accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008.
- CADIET, Loic, NORMAND, Jacques, MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. Paris: PUF, 2010.
- CALABRESI, Guido; BOBBITT, Phillip. *Tragic Choices*. New York: W.W Norton & Company, 1978.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. v.1. Buenos Aires: El Foro, 1996.
- CALAMANDREI, Piero. Processo e Giustizia. In. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1950.
- CALAMANDREI, Piero. *Procedure and Democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.
- CALAMANDREI, Piero. Il processo come gioco. In. *Rivista di Diritto*. ano I, v.V, Padova: Cedam, 1950.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v.1. 18 ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Do agravo de instrumento no novo Código de Processo Civil. In. *Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- CARROLL, John L. Proportionality in Discovery: a Cautionary Tale. In. *Campbell Law Review*. v.32. Raleigh: Campbell University, 2010.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 3 rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.
- CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil. In. *Revista de Processo*. n.192. Trad. Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- CAPONI, Remo. *La Rimessione in Termini nel processo Civile*. Milano: Giuffrè, 1996.
- CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. In. *Le azioni a tutela di interesse collettivi*. Padova: Cedam, 1976.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napole: Morano Editore, 1958.

- CAVALLONE, Bruno. In difesa della Veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo. In. *Rivista di Diritto Processuale*. n.65. v.1. Padova: CEDAM, 2010.
- CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual*. Trad. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014.
- CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. In. *Harvard Law Review*. n.89. Cambridge: Harvard University Press, 1976.
- CHIARLONI, Sérgio. La sentenza della “terza via” in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?. In. *Giurisprudenza Italiana*. Roma: UTET, 2002.
- CHIARLONI, Sergio. *Introduzione allo studio del diritto processuale*. Turim: G. Giappichelli, 1975.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal*. Trad. José Casais Y Santalo. Madrid: Editorial Réus, 1922.
- CHIOVENDA, Giuseppe. L'azioni nel sistema dei diritti. In. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. vol.1. Milano: Giuffrè, 1993.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. In. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. v.3. Milano: Giuffrè, 1993.
- CLERMONT, Kevin M. *Principles of Civil Procedure*. Saint Paul: Thomson West, 2005.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (por uma dogmática constitucional emancipatória). In. LEMBO, Cláudio. (org.). *Uma vida dedicada ao Direito – Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 54. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- COFFEE JR., John C. The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action. In. *University of Chicago Law Review*. n.54. Chicago: The University of Chicago Press, 1987.
- COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. In. *Revista dos Tribunais*. v. 353. São Paulo: Ed. RT, 1965.
- COOTER, Robert. ULEN, THOMAS. *Law & Economics*. 3.ed. Reading: Addison Wesley Longman, 2000.
- COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In. COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Aniceto Lopez Editor, 1942.
- CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992.
- CUNHA, Armando. Os desafios ao Estado, à governança e à gestão pública: explorando ideias para subsidiar os esforços de reforma da gestão nas organizações do Poder Judiciário. In: CUNHA, José Ricardo (org.). *Poder Judiciário: Novos Olhares sobre Gestão e Jurisdição*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.
- DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- DAVIS, Kevin E. TREBILCOCK, Michael J. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. In: *Revista Direito GV*. Trad. Pedro Maia Soares. n.5. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2009.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012.
- DENTI, Vittorio. *La giustizia civile – Lezioni introduttive*. Bologna: Il Mulino, 1989.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1. 12 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.
- DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José de Carneiro. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: Execução*. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.
- DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.1. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.2. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Ed. RT, 1987.
- DOMINGUES, José Maurício. Reflexividade, individualismo e modernidade. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v.17. n.49. São Paulo: ANPOCS, 2002.

- DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.
- EDWARDS, Tim. (coord.). *Cultural Theory: classical and contemporary positions*. London: Sage, 2007.
- EISENHARDT, Kathleen M. Agency Theory: an Assessment and Review. In. *The Academy of Management Review*. v.14. New York: Academy of Management, 1989.
- EVANS-PRITCHARD, Edward Evans. *Witchcraft, Oracles, and Magic among the Azande*. Oxford: Oxford University Press, 1976.
- FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.
- FALCÃO, Joaquim. *Democracia, Direito e Terceiro Setor*. São Paulo: Editora FGV, 2004.
- FARACO, Alexandre Ditzel. SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. In. *Revista de Direito Público da Econômica – RDPE*. Ano 3. n.9.. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8 ed. Padova: Cedam, 1996.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, dominação e decisão*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1980.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- FISS, Owen. The Forms of Justice. In. *Harvard Law Review*. n.93. New Haven: Harvard University Press, 1979.
- FISS, Owen. *The Law as it could be*. New York: New York University Press, 2003.
- FISS, Owen. The allure of individualism. *Iowa Law Review*. n. 78. Iowa City: Iowa Law Review, 1993.
- FOUCHARD, Philippe. GAILLARD, Emmanuel. GOLDMAN, Berthold. *On International Commercial Arbitration*. Boston: Kluwer Law International, 1999.
- FRANK, Jerome. *Courts on Trial*. New York: Princeton University Press, 1949.
- FRANKFURTER, Harry G. *On inequality*. New Jersey: Princeton University Press, 2015.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

- GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. In. *Journal of Empirical Legal Studies*. n.3. v.1. Ithaca: Cornell University Law School, 2004.
- GALANTER, Marc. Why the 'Haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change. In. *Law and Society Review*, v.9. Salt Lake City: Law and Society Association, 1975.
- GALANTER, Marc. LANDE, John. Private Courts and Public Authority. In. *Studies in Law, Political, Society*. n.12. London: Jai Press, 1992.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.
- GEERTZ, Clifford. *The Interpretation of Cultures*. New York: Basic Books, 1973.
- GIDI, Antonio. Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries. In. *The American Journal of Comparative Law*. n.51. Michigan: University of Michigan Law School, 2003.
- GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- GILLES, Myriam. Class Dismissed: Contemporary Judicial Hostility to Small Claim Consumers Class Actions. *Cardozo Working Paper n. 278*. New York: Benjamin N. Cardozo School of Law, 2009.
- GILLES, Myriam. FRIEDMAN, Gary B. Exploding the Class Action Agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers. *University of Pennsylvania Law Review*. n. 155. Philadelphia: University of Pennsylvania, 2006.
- GILLEY, Bruce. The meaning and measure of state legitimacy: Results for 72 countries. In. *European Journal of Political Research*. n.45. Oxford: Blackwell Publishing, 2006.
- GINZBURG, Carlo. *Olhos de madeira – novas reflexões sobre a distância*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e Democracia – Uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. Do Instituto do Ombudsman à construção das ouvidorias públicas no Brasil. In. LYRA, Rubens Pinto (Org.). (Org.). *Autônomas x obedientes: a ouvidoria pública em debate*. João Pessoa: Editora UFPB, 2004.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. atual. por Luiz Edson Fachin. 20 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

- GOMES, Orlando. *A Crise do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 234-255.
 Republicado em *Revista Direito GV*. n.1.v.1. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005.
- GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. In. *Rivista di diritto processuale*. Ano LXV. n. 4. Padova: CEDAM, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRECO, Leonardo. A falência do sistema de recursos. In. *Revista Dialética de Direito Processual*. n.1. São Paulo: Editora Dialética, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os processos coletivos nos países de civil Law e common Law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do Direito Processual Civil Brasileiro. In. *Revista da Faculdade de Direito*. n.88. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1993.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do Processo e Deformalização das Controvérsias. In. *Revista de Processo*. n.47. São Paulo: Ed. RT, 1987.
- GROSSI, Paolo. *Primeiras Lições sobre o Direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- HAACK, Susan. Concern for Truth: What it Means, Why it Matters. In. GROSS, Paul R. LEVITT, Norman. LEWIS, Martin W. (orgs.). *The Flight from Science and Reason*. New York: New York Academy of Science, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2 v. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HAMBURGER, Philip. *Is Administrative Law Unlawful?*. Chicago: The University of Chicago Press, 2014.
- HART, Herbert L.A. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 1988.
- HENSLER, Deborah R. A research agenda: what we need to know about court-connected ADR. In. *Dispute Resolution Magazine*. n.15. Washington: American Bar Association, 1999.
- HENSLER, Deborah. Class Action Dilemmas – Pursuing public goals for private gain. Santa Monica: Rand, 2000., 2000..
- HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito*. Lisboa: Almedina, 2012.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia*. Florianópolis: Boiteux, 2005.

- HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. Trad. António Correia. 7 ed. Coimbra: Arménio Amado Editora, 1980.
- HODGES, Christopher. *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems*. Oxford: Hart Publishing, 2008.
- HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W Norton & Company, 2000.
- ISSACHAROFF, Samuel. *Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2005.
- JENSEN, Michael. MECKLING, William. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. In. *Journal of financial economics*, v. 3, n.4. Amsterdam: North Holland Publishing Company, 1976.
- JONES, Bryan D. Bounded Rationality. In. *Annual Review of Political Science*. n.2. Palo Alto: Annual Reviews, 1999.
- KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.
- KERN, Christoph. *Justice Between Simplification and Formalism*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
- KEYNES, John Maynard. *The General Theory of Employment, Interest and Money*. London: Palgrave Macmillan, 1936.
- KORNHAUSEN, Lewis A. Judicial organization and administration. In. SANCHIRICO, Chris Willam (coord). *Procedural Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012.
- KUTTNER, Robert. *The end of laissez-faire – National purpose and the global economy after the cold war*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.
- LACERDA, Galeno. Processo e Cultura. In. *Revista de Direito Processual Civil*. v.3. São Paulo: Saraiva, 1961.
- LAPORTE, Elizabeth D. REDGRAVE, Jonathan M. A Practical Guide to Achieving Proportionality Under New Federal Rule of Civil Procedure 26. In. *The Federal Courts Law Review*. v.9. Stanardsville: Federal Magistrate Judges Association, 2015.
- LAUGHLIN, James P. Federal Appellate Review of the Grant or Denial of Class Action Status. In. *Boston College Industrial and Commercial Law Review*. n. 18. Boston: Boston College, 1976.
- LAZARI, Igor de. BOLONHA, Carlos. RANGEL, Henrique. A relevância dos limites discricionários do juiz generalista. In. *Revista Direito GV*. n.18. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2013.

- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8 ed. São Paulo: Ed. LTr, 2010.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Associações Sem Fins Econômicos*. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- LEW, Julian D. MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwers Law International, 2003.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. L'azione nella teoria del processo civile. In. *Problemi del Processo Civile*. Napoli: Morano, 1962.
- LINDSAY, Mathew J. In Search of 'Laissez-Faire Constitutionalism'. *Harvard Law Review Forum*. n. 123. Cambridge: Harvard University Press, 2010.
- LOBO, Arthur Mendes. Assistência judiciária gratuita no novo Código de Processo Civil: uma proposta de possível emenda ao PL 8.046/2010. In. *Revista de Processo*. n.194. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4 ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v.2. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LUDWIG, Celso. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.
- LYRA, Rubens Pinto (Org.). *Do Tribuno da Plebe ao Ouvidor Público: estudos sobre defensores da cidadania*. João Pessoa: Editora UFPB, 2011.
- MACNEIL, Ian R. *American Arbitration Law – Reformation, Nationalization, Internationalization*. New York: Oxford University Press, 1992.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1993.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil - Teoria do Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil – Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil – Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. RAGONE, Álvaro Pérez. OJEDA, Raúl Núñez. *Fundamentos del proceso civil - Hacia una teoría de la adjudicación*. Santiago: Abeledo Perrot, 2010.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.5. 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 4, Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- MARSHALL, Geoffrey. Due Process in England. In: PENNOCK, James Roland; CHAPMAN, John W. (orgs.). *Due Process*. New York: New York University Press, 1977.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- MEDINA, José Miguel Garcia de. Sobre os requisitos e o efeito suspensivo dos embargos do executado – sugestões de *lege ferenda*. In. *Revista de Processo*. v.106. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo Civil Moderno – Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

- MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v.2. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- MICELI, Thomas J. The social versus private incentive to sue. In. SANCHIRICO, Chris Willam (coord). *Procedural Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012.
- MILLER, Geoffrey P. Some Agency Problems in Settlement. In. *Journal of Legal Studies*. v.16. Chicago: The University of Chicago Press, 1987.
- MINKOV, Michael. *Cross-cultural analysis: the Science and art of comparing world's modern societies and their cultures*. London: Sage, 2012.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. v.1. 7 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MITIDIERO, Daniel. Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil. In. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. n.33. Curitiba: Genesis, 2004.
- MITIDIERO, Daniel. Direito Fundamental ao Processo Justo. In. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil* n.45. Porto Alegre: Magister, 2011.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Os princípios constitucionais da atividade econômica. In. *Revista da Faculdade de Direito*. n.45. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4 ed. Atualizado por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- MULHERON, Rachel. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2004.
- MULLER, Adam. (coord.). *Concepts of culture – art, politics & society*. Calgary: University of Calgary Press, 2005.

- MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa. O princípio da eficiência na administração pública brasileira. In. *Prisma Jurídico*. n.6. São Paulo: Uninove, 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- NERY JUNIOR, Nelson. Proteção Judicial da Posse. In. *Revista de Direito Privado*. n.7. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- NETZORG, Gordon W. KERN, Tobin D. Proportional discovery: making it the norm, rather than the exception. In. *Denver University Law Review*. v.87. Denver: University of Denver, 2010.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2011.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Rizzatto. A assistência judiciária e a assistência jurídica: uma confusão a ser solvida. In. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. n.14. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- OFFE, Claus. Critérios de racionalidade e problemas funcionais da ação político-administrativa. In. *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Trad. Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984
- OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurabi – A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. In. *Sua excelência o comissário e outros ensaios sobre sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. In. *Genesis. Revista de Direito Processual Civil*. v. 27. Curitiba: Genesis, 2003.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *O Contrato de Gestão na Administração Pública Brasileira*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2005.
- ORTH, John V. *Due process of law – A brief history*. Lawrence: University Press of Kansas, 2003.
- OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- OSNA, Gustavo. Coletivização total e coletivização parcial: aportes comparados e o processo civil brasileiro. In. *Revista de Processo Comparado*. n.1. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- OSNA, Gustavo. “Interpretação conforme” e *constitutional avoidance*: aproximações iniciais. In. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. n.32. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.
- OSNA, Gustavo. Entre a Teoria e a Concretização - Possibilidades, Limites e Funções para uma Nova Lei de Imprensa. In. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*. v. 41. Curitiba: IAP, 2012.
- PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.
- PASQUINO, Pasquale. One and Three: Separation of Powers and the Independence of the Judiciary in the Italian Constitution. In. FEREJOHN, John. RAKOVE, Jack N. RILEY, Jonathan (coords.) *Constitutional Culture and Democratic Rule*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. ed. rev. e atual. v.4. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. In. *Revista do Serviço Público*. ano 49. n.1. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, 1998.
- PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. *Medidas Urgentes no Direito Societário*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos Precedentes: Universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

- PÉREZ, José Luis Rey. La Naturaleza de los Derechos Sociales. In. *Derechos y Libertades*. n.16. Madrid: Universidad Carlos III, 2007.
- PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 2010.
- PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. *Poderes Executórios do Juiz*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: Ed. RT, 1971.
- POSNER, Richard. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- POSNER, Richard A. *The Federal Courts – challenges and reforms*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- POSNER, Richard A. The Jurisprudence of Skepticism. In. *Michigan Law Review*. v.86. Michigan: University of Michigan Law School, 1988.
- POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 2 ed. Boston: Little, Brown and Company, 1977.
- RAGONE, Álvaro Pérez. Retrato del revisionismo garantista en el proceso civil a través de Klein y Wach. In. *Revista de Processo*. n.233. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- RAGONE, Álvaro Pérez. La revalorización de la audiencia preliminar o preparatoria: una mirada desde la justicia distributiva en el proceso civil. In. *Revista de Processo*. n.252. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- RESNIK, Judith. *Processes of the Law – Understanding Courts and Their Alternatives*. New York: Foundation Press, 2004
- RESNIK, Judith. Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication. In. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. n. 10. Columbus: The Ohio State University, 1995.
- RHODE, Deborah L. *Access to Justice*. New York: Oxford University Press, 2004.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto do debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. In. RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix (org.). *Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.
- ROESLER, Cláudia Rosane. *Enfoque dogmático e enfoque zetético como pontos de partida para realizar a interdisciplinaridade no ensino jurídico contemporâneo*. Disponível em <

- <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/enfoque-dogm%C3%A1tico-e-enfoque-zet%C3%A9tico-como-pontos-de-partida-para-realizar-interdisciplinari>>. Acesso em 10 de maio de 2016.
- ROESLER, Cláudia Rosane. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: tópica, discurso, racionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- RORTY, Richard. *Contingency, irony and solidarity*. New York: Cambridge University Press, 1993.
- ROSENBERG, David. Of End Games and Openings in Mass Tort Cases: Lessons from a Special Master. *Boston University Law Review*. n. 69. Boston: Boston University Press, 1989.
- ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad. Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- SADEK, Maria Tereza. (coord.) *Magistrados – Uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil: História, Direito e Economia*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito, Justiça e Eficiência: a Perspectiva de Richard Posner*. Disponível em <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30/>. Acesso em 10 de janeiro de 2016.
- SALAMON, Lester M. ANHEIER, Helmut K. *Defining the nonprofit sector: A crossnational analysis*. Manchester: Manchester University Press, 1997.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v.1. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In. LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang.

- CARBONELL, Miguel. *Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011.
- SCHAUER, Fredericks. *Thinking like a Lawyer – A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SCHULMAN, Gabriel. *Planos de saúde – saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- SCOTT, James L. *Seeing Like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*. New Haven: Yale University Press, 1998.
- SEN, Maya. Courting deliberation: an essay on deliberative democracy in the American judicial system. In. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*. n.27. Notre Dame: University of Notre Dame, 2013.
- SERBENA, César Antonio. Objetividade e subjetividade nas ciências jurídicas e sociais: Durkheim e Weber. In. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*. v.38. Uberlândia: UFU, 2010.
- SHAVELL, Steven. The Appeals Process as a Means of Error Correction. In. *Journal of Legal Studies*. n. 24. Chicago: The University of Chicago Press, 1995.
- SHAVELL, Steven. KAPLOW, Louis. *Fairness versus Welfare*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- SHAVELL, Steven. The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System. In. *The Journal of Legal Studies*. n.11. Chicago: The University of Chicago, 1982.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v.1. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. A “Plenitude de Defesa” no Processo Civil. In. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In. *Revista dos Tribunais*. n.798. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- SIMON, William H. Lawyer Advice and Client Autonomy – Mrs. Jones’s Case. In. RHODE, Deborah L (org.). *Ethics in Practice: lawyers’s roles, responsibilities and regulation*. New York: Oxford University Press, 2000.
- SOARES, Carlos Henrique. Estudo sistemático do direito processual civil chileno. In. *Revista de Processo*. v. 223. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- STÜRNER, Rolf. KERN, Christoph. Processo civil comparado – Tendências recentes e fundamentais. In. *Revista de Processo*. v.200. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- SUAREZ, Christian Delgado. O panorama atual e a problemática procedimental em torno da tutela inibitória. In. *Revista de Processo*. v.226. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Competência legislativa em matéria de processo e procedimento. In. *Revista dos Tribunais*. n.657. São Paulo: Ed. RT, 1992.
- SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds*. Princeton: Princeton University Press, 2009.
- SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- SUNSTEIN, Cass R. *Radical in Robes – Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America?* New York: Perseus Books Group, 2005.
- TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. In. *Revista de Direito Administrativo*. n.27. Rio de Janeiro: Renovar, 1952.
- TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. In. *Revista de Processo*. v. 241. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- TALAMINI, Eduardo. Embargos de Declaração: Efeitos. In. MEDINA, José Miguel Garcia. CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (org.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais, estudos em homenagem à Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e a Tutela Provisória no Código de Processo Civil de 2015. In. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v.46. São Paulo: Ed. RT, 2015.

- TAMANAH, Brian Z. A Concise Guide to the Rule of Law. In. PALOMBELLA, Gianluigi. WALKER, Neil. (coords). *Relocating the Rule of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2009.
- TARELLO, Giovanni. Quattro buoni giuristi per una cattiva azione. In. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.
- TARUFFO, Michelle. Cultura e Processo. In. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Ano LXIII. Milano: Giuffrè. 2009.
- TARUFFO, Michele. Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone. In. *Rivista di Diritto Processuale*. n.65. v.1. Padova: CEDAM, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. In. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. n.6. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- THALER, Robert H. SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.
- THOMPSON, John B. The theory of structuration. In. THOMPSON, John B. HELD, David (coord.). *Social theory of modern society: Anthony Giddens and his critics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In. TIMM, Luciano Benetti. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- TIMM, Luciano Benetti. TRINDADE, Manoel Gonçalves. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores sob a ótica da *law and economics*. In. *Revista de Processo*. n.178. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- TIMM, Luciano Benetti. MACHADO, Rafael Bicca. Direito, Economia e Processo Civil: algumas observações por ocasião da aprovação da Lei 11.232/2005. In. COSTA, Fábio Nogueira. PISSURNO, Marco Antônio Ribas. (org.) *Estudos sobre as últimas reformas do Código de Processo Civil*. Campo Grande: Instituto de Estudos Jurídicos, 2007.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais*. 46. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito

- brasileiro – análise da convergência entre o civil Law e o common Law e dos problemas da padronização decisória. In. *Revista de Processo*. v.189. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. In. *Juris Plenum*. v.45. Caxias do Sul: Editora Plenum, 2012.
- TORRANO, Bruno. *Do fato à legalidade: introdução à teoria analítica do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- TRUBEK, David. GALANTER, Mark. Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States. In. *Wisconsin Law Review*. n.4. Madison: Wisconsin University Press, 1974.
- TRUBEK, David. SANTOS, Alvaro. *The New Law and Economical Development – a critical appraisal*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- UZELAC, Alan. Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary World. In. *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*. Heidelberg: Springer Publishing, 2012.
- VASAK, Karel. *For the third generation of human rights: the rights of solidarity*. Aula Inaugural, Tenth Study Session, International Institute of Human Rights, July, 1979.
- VERMEULE, Adrian. ‘No’: Review of Philip Hamburger, ‘Is Administrative Law Unlawful’?. In. *Texas Law Review*. v.93. Austin: University of Texas School of Law, 2014.
- VIEHWEG, Theodor. Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica. In. *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.
- VILLANUEVA, Luis F. Aguilar. *Gobernanza y gestión pública*. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- VIOLIN, Jordão. *Protagonismo Judiciário e Processo Coletivo Estrutural*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.
- WALTER, Gerhard. Mass Tort Litigation in Germany and Switzerland. In. *Duke Journal of Comparative & International Law*. v.11. Durham: Duke University, 2001.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6 ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispendência em ações coletivas. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

- WASSERMAN, Rhonda. *Procedural Due Process – A Reference Guide to the American Constitution*. Westport: Praeger, 2004.
- WATANABE, Kazuo. Ação Dúplice. In. *Revista de Processo*. n.31. São Paulo: Ed. RT, 1983.
- WEBER, Max. A política como vocação. In. GERTH, Hans H. MILLS, Charles Wright (org.) *Ensaio de Sociologia*. Rio de Janeiro: LTC, 2002.
- WEBER, Max. A “objetividade” do conhecimento nas ciências sociais. In. COHN, Gabriel (org.). *Max Weber*. 3 ed. São Paulo: Editora Ática, 1989.
- WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1982.
- WINDSCHEID, Bernhard. MÜLLER, Theodor. *Polemica sobre la “actio”*. Buenos Aires: EJA, 1974.
- YABLON, Charles. LANSMAN-ROOS, Nick. Discovery about discovery: sampling practice and the resolution of discovery disputes in an age of ever-increasing information. In. *Cardozo Law Review*. v. 34. New York: Cardozo University Press, 2012.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. 6 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- ZUCKERMAN, Adrian. A Reform of Civil Procedure - Rationing Procedure Rather than Access to Justice. In. *Journal of Law and Society*. n.22. Cardiff: Cardiff Law School, 1995.
- ZUCKERMAN, Adrian. Lord Woolf’s Access to Justice: Plus a Change. In. *The Modern Law Review*. v.59. Oxford: Blackwell Publishers, 1996.
- ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (org.). *Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.